

جمهورية مصر العربية
جامعة القاهرة
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

إجماليات ابن عبد البر دراسة فقهية مقارنة

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

سيد عبده بكر عثمان

إشراف

الأستاذ الدكتور

محمد أحمد سراج

أستاذ الدراسات الفقهية بالجامعة
الأمريكية ، ورئيس قسم الشريعة
الإسلامية بكلية الحقوق جامعة
الأسكندرية السابق .

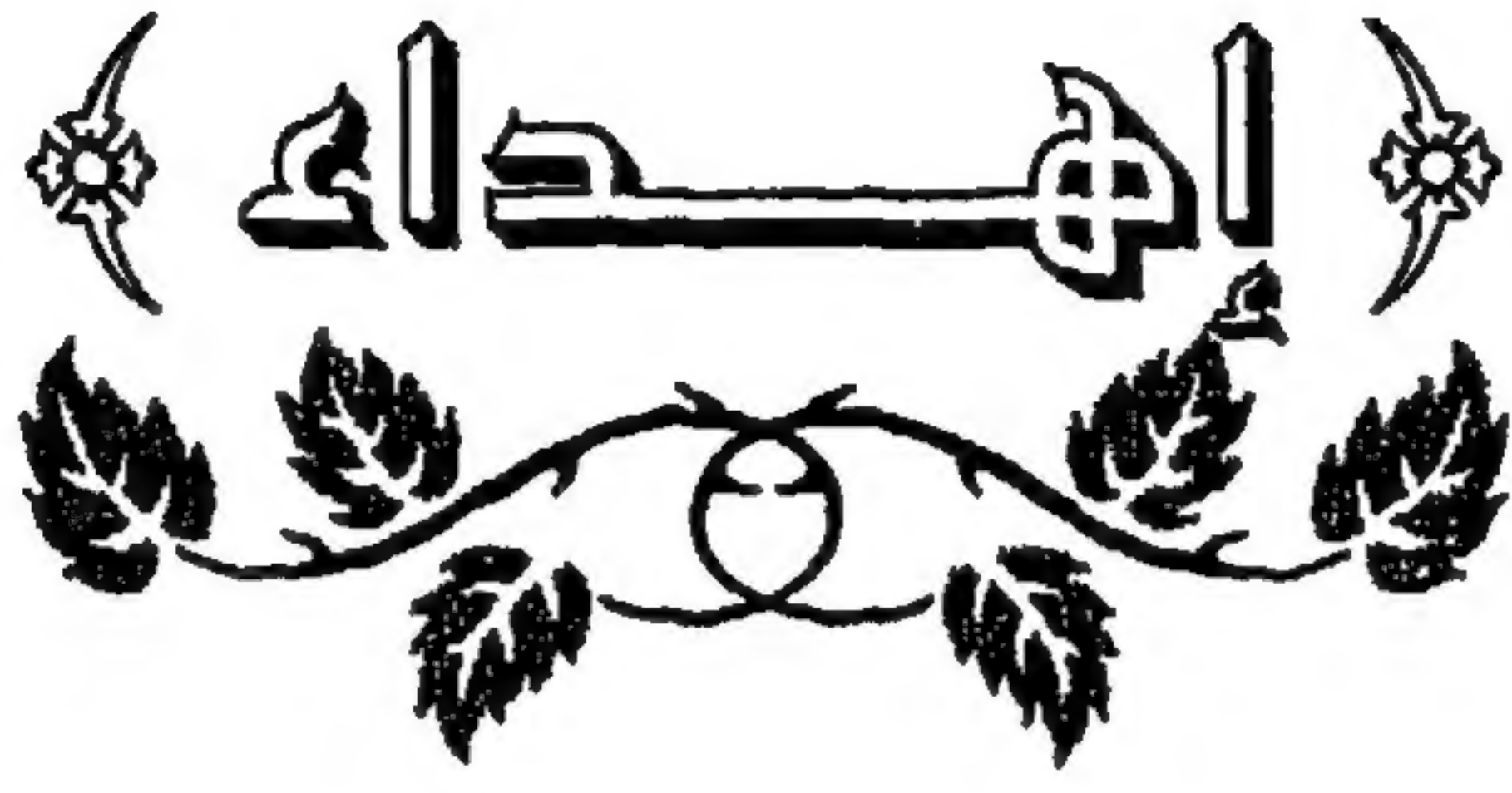
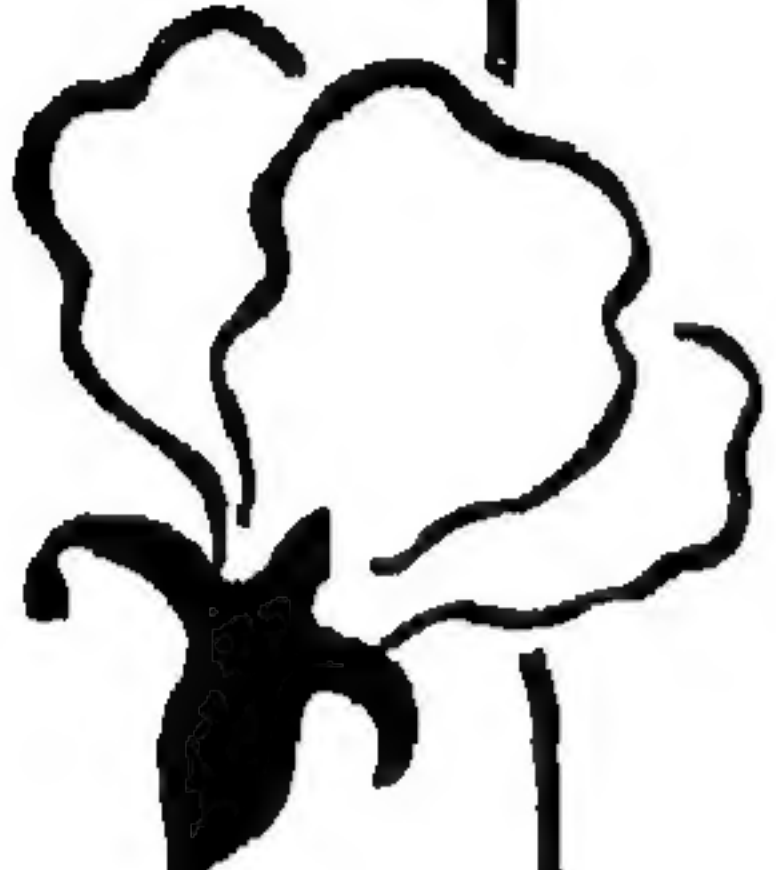
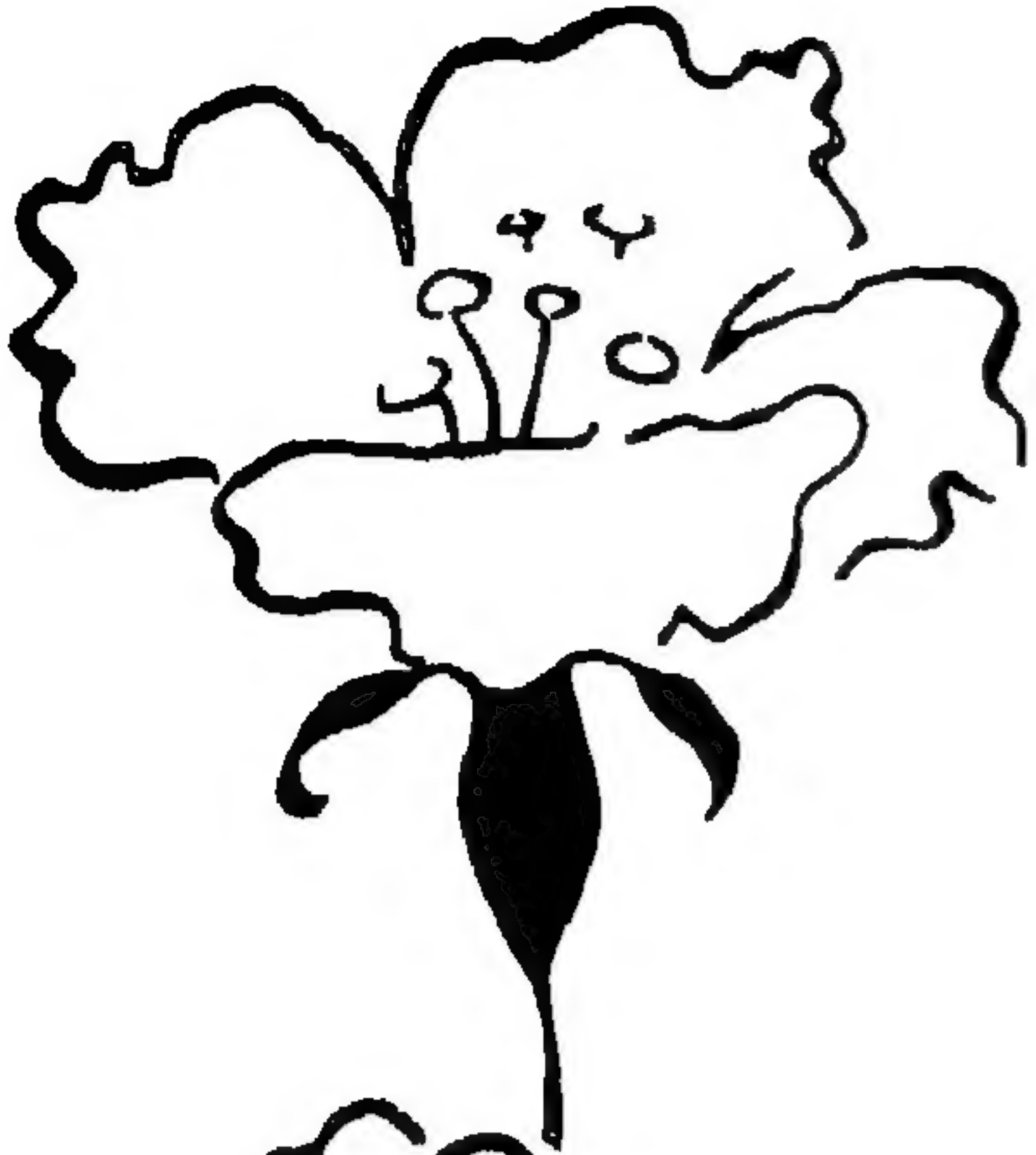
الأستاذ الدكتور

محمد بلتاجي حسن

أستاذ ورئيس قسم الشريعة
الإسلامية بكلية دار العلوم وعميد
الكلية الأسبق .

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إلى...

أبي

وأبي

عرفاناً وتقديراً

﴿ المقدمة ﴾

الحمد لله الذى خلق السموات والأرض ، وجعل الظلمات والنور ،
ثم الذين كفروا بربهم يعدلون .

الحمد لله الذى لا يؤدى شكر نعمة من نعمه إلا بنعمة منه ،
توجب علي مؤدى ماضى نعمه بأدائها ؛ نعمة حادثة يجب عليه شكره
بها ، ولا يبلغ الواصفون كنه عظمته ، الذى هو كما وصف نفسه ، وفوق
ما يصفه به خلقه .

أحمده حمداً كما ينبغى لكرم وجهه وعز جلاله ، وأستعينه
استعانة من لا حول له ولا قوة إلا به ، وأستهديه بهداه الذى لا يضل من
أنعم به عليه - بنعمة الإسلام وكفى بها نعمة - وأستغفره لما أزلت ،
وأخرت ، استغفار من يقر بعبوديته ، ويعلم أنه لا يغفر ذنبه ، ولا ينجيّه
منه إلا هو وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأن محمداً عبده
ورسوله - ما ترك شاردة ولا واردة إلا وقد بينها لأمتّه ، وترك لنا كتاب
الله وسنة نبيه - صلى الله عليه وآله وسلم - من تمسك بهما نجا -
ومن أعرض عنهما ضل ، وغوى وصلى الله على نبيينا وآله ما ذكره
الذاكرون ، وغفل عن ذكره الغافلون . وبعد .

فلما كانت دراسة العلوم الشرعية من أعظم القربات وأجل
الطاعات ، ووفقنى الله من غير حول منى ولا قوة بأن ألتحق بالدراسات
العليا بقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم ، فكان لزاما علي حمل
تلك الأمانة ، داعياً الله أن يوفقنا إلي تأديتها علي الوجه الذى يرضيه عنا
بعد سؤاله الرضى فى الآخرة والأولى إنه نعم المولى ونعم النصير
وكنيت دائماً أطمح إلى دراسة علم الأصول وأدعو الله أن يوفقنى لاختيار
موضوع الماجستير فى إحدى قضايا أصول الفقه ، وكان أن ذكر أستاذنا
الدكتور إسماعيل سالم - رحمه الله - تحذير العلماء من إجماعات ابن
عبد البر واتفاقات ابن رشيد (البحث الفقهي هامش ص ١٥٦)

فوقع موضوع إجماعات ابن عبد البر فى نفسى ووافق شئ طبقة ، فكان ذلك أحد أسباب اختياري لهذا الموضوع .

ثانياً : الإجماع من القضايا التى ثار حولها جدال كثير بين مؤيد ومعارض ، وقائل بانعقاده معضداً ذلك بالأدلة النقلية و العقلية ، ومانع ومعضداً أيضاً قوله بالأدلة العقلية طاعنا فى صحة استشهاد القائلين به بآيات وأحاديث ليست نصا فى المسألة (مدى حجية الأدلة الاجتهادية دكتور صلاح سلطان ص ١٥ وما بعدها) .

ثالثاً : أن الإمام الجوينى ت ٤٧٨ هـ قد ذكر أن ' الإجماع عصام الشريعة وعمادها وإليه استنادها (البرهان ص ٦٧٩) ، وهذا يعنى أننا بمناقشة الإجماع يمكن أن نحدد جميع ما أجمع عليه السابقون علينا - إن صح - فى الأحكام ، وفى العلل ، وفى المقاصد ، والغايات وهل يستباح لنا بعد تحديد المجمع عليه فى هذه المجالات أن نتوسع فى ابتكار اتفاقات جديدة - طبقاً للأصول الإسلامية العامة - وأن نقنن لحياتنا على أساس مما صاغوه بإجماع بينهم ، كذلك تتيح للعقل أن يحدد حكم العقل أو البراءة الأصلية فى المسألة ، بجانب يمكن أن يكون ذا فاعلية مطلقة ، وإيجابية ثابتة فى تفسير النصوص و الحكم عليها فى العصر الحاضر بجانب تقرير الأحكام على أساسه ، ويمكن أن تصاغ على أساسها نظرية للإجماع الفقهى الواقعى لا للنظرى المجرد .

رابعاً : يجب أن يكون المجتهد على علم بمواطن الإجماع ، والخلاف حتى يكون على بينة منها فلا يخالف المسائل المجمع عليها وفى هذا البحث عرض للمسائل التى ذكر أنها محل إجماع وذلك فى مجال هو من أصعب المجالات لتحقيق الإجماع فيها وهى البيوع والمعاملات، والحدود والعقوبات والقصاص والديات ، فأردنا عرضها ودراستها حتى يتبين وجه الحق فيها .

خامساً : أن الذين قالوا بعدم انعقاد الإجماع عرضة للقول " مادام الإجماع لم يصح فلم خص ابن عبد البر ، وابن رشد - وهو ناقل عن ابن عبد البر ومتأثر به - بالتحذير من إجماعاتهما دون غيرهما من العلماء وناقلي الإجماع ١١٢ .

سادساً : نجد كثيراً من العلماء قد بالغ في ذكر المسائل المجمع عليها حتى قال أبو إسحاق الإسفراييني : " نحن نعلم أن مسائل الإجماع أكثر من عشرين ألف مسألة ١٢ " . (موسوعة الإجماع سعدى أبو حبيب جـ ١ ص ٣٨) .

وحتى ذكر الدكتور/ أحمد حمد : " قيل إن للكمال بن الهمام ٨٦١ هـ كتاباً في الإجماع فيه مائة ألف مسألة ١٢ (الإجماع بين النظرية والتطبيق د. أحمد حمد ص ٢٥ وما بعدها) . وهذا عدد ضخم فلا يمكن أن يكون قد وجد اتفاق على مثل هذا العدد .

سابعاً : دراسة الإجماع أو عدم ثبوته جانب مهم لأن المجتهد قد يطلع على مواطن الإجماع ، لكن قد يجهل صحة الإجماع من عدمها ، وقد يحتج بإجماع لم يثبت كونه إجماعاً ، وإنما هو قول الجمهور ١١ .

ثامناً : مكانة ابن عبد البر - رحمه الله - العلمية وما لإجماعاته من قيمة ، واعتبار عند العلماء لسعة علومه وكثرة اطلاعه على أقوال أهل العلم أولاً ، ولتقدم عصره ثانياً ، ومعلوم أن العالم المتقدم عصره لإجماعاته مكانة خاصة ، لأنه قد يكون الخلاف المحكى في المسألة إنما هو عن المتأخرين ، وعليه فلا يعتد بخلافهم ؛ لأن العالم المتقدم عصره حكى إجماع عصره على ذلك ، يضاف لذلك أن محمد بن عبد الله بن سنجر له كتاب المسند في الحديث ، وله مسند علي ، ومسنده مفقود ، لذلك قال الإمام الذهبي : " يعز وقوع حديثه لنا " ، مع أنه كان موجوداً بالأندلس وهو من مرويات ابن عبد البر وابن حزم ، ولابن سنجر كتاب العين في ستة أجزاء ، أخذ ابن عبد البر وابن حزم عن أبي عمر الطلمنكي ، كما أنه ينسب أحاديث كثيرة لعبد الرزاق وليست في المصنف المطبوع فلعل له رواية أخرى وصلت له فيها بعض زيادات ولم تصل إلينا (التمهيد جـ ٧ ، هامش ص ١٧٠ ، الاستذكار جـ ١٣ ص ٢٠٣) ، وهذا كله يبين المكانة العالية لدراسة ابن عبد البر ، فكان لزاماً دراسة الطعون التي وجهت لإجماعات ابن عبد البر لبيان مدى استقامة هذه الطعون على المقياس الأصولي .

تاسعاً : دراسة المسائل التي يقال إنها مجمع عليها تعطى صورة متكاملة عن الأحكام الموحدة و المرتبطة بأصولها التشريعية ارتباطاً

وثيقاً، وهذه الاتفاقات لها عظيم النفع فى تكوين قاعدة فقهية متكاملة عن المذاهب الفقهية و المدارس الاجتهادية فى شتى المجالات ، وذلك تنفيذاً لما قرره العلماء المعاصرون من ضرورة تصوير الأحكام المتفق عليها وتحريرها وإيجاد الرابط بينها لتكون حافزاً لتقريب وجهات النظر فيما وقع فيه الخلاف بين الفقهاء وفى الدراسات المقارنة .

هذه الأسباب وغيرها كانت الدافع وراء اختيار هذا الموضوع فالله الحمد و المنة لا رب غيره .

الدراسات السابقة القريبة من الموضوع :

- (١) اتفاقات ابن رشد الحفيد فى الأحوال المدنية والجنايية من خلال كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد لوجيه عبد القادر الشيمى المعيد بكلية الدراسات العربية والإسلامية - دار العلوم - بالفيوم . وهى رسالة ماجستير بإشراف أستاذنا الدكتور /عبد اللطيف عامر وهى غير مطبوعة ، وقد استفدت منها فى بعض المسائل وخالفته كثيراً .
- (٢) اتفاقات ابن رشد الحفيد من خلال كتابه بداية المجتهد دراسة فقهية مقارنة فى العبادات والأحوال الشخصية للطالب الليلى الأمين عبد الحفيظ الرغروغى وهى رسالة دكتوراة بإشراف أستاذنا الجليل العلامة الأصولى الدكتور / محمد بلتاچى رئيس قسم الشريعة بكلية دار العلوم وعميد الكلية الأسبق والتى تشرف هذه الدراسة بإشرافه عليها وهى غير مطبوعة .
- (٣) اتفاقات ابن رشد رسالة ماجستير بكلية الشريعة جامعة أم القرى مكة المكرمة نوقشت ١٤١١ هـ واشترك فى مناقشتها الدكتور الحسينى جاد ، ذكر هذه الفائدة أستاذنا الدكتور /إسماعيل سالم - رحمه الله- دون أن يشير لاسم الطالب وقد حاولت جاهداً الحصول عليها أو تصوير خطة الطالب للوقوف عليها ولكن الله أبى فله الحمد والمنة .
- (٤) ابن عبد البر وأثره فى الحديث والفقه رسالة ماجستير على الألة الناسخة بمكتبة كلية دار العلوم رقم ٤٧ لإسماعيل الندوى .
- (٥) ابن عبد البر وجهوده فى التاريخ وهو فى الأصل رسالة ماجستير للسيد / ليث سعود جاسم وهى مطبوعة فى دار الوفاء المنصورة .

- (٦) إجماعات ابن عبد البر فى العبادات جمعاً ودراسة وهى رسالة ماجستير للطالب عبد الله بن مبارك بن عبد الله البوصى . مقدمة لكلية الشريعة بالرياض جامعة الإمام محمد بن سعود وبإشراف الأستاذ الدكتور / صالح بن عبد الرحمن الأطرم ، وهى غير مطبوعة .
- (٧) الإجماع فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراة على الآلة الناسخة بمكتبة كلية دار العلوم القاهرة رقم ٨١٦ لصالح الدين عبد العزيز شلبى .
- (٨) الحافظ ابن عبد البر وكتابه الكافى فى الفقه للطالب محمد بن محمد أحمد الماديك الموريتانى رقم ٢٧٣ بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامى بجامعة الأزهر . إشراف الأستاذ الدكتور / محمد شعبان حسين .
- (٩) مدرسة الحديث فى الأندلس وإمامها ابن عبد البر الطالب / صالح أحمد رضا فى ٤٧٣ ورقة رقم ٢١ بكلية أصول الدين جامعة الأزهر إشراف الشيخ شاكراً محمود عطية وهى غير مطبوعة .
- (١٠) مدى حجية الأدلة الاجتهادية المختلف عليها فى الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه للدكتور صلاح سلطان بإشراف أستاذنا الجليل الدكتور محمد بلتاجى وهى غير مطبوعة ، وقد استفدنا منها بالجزء الذى كتبه عن الإجماع .
- (١١) منهج الفخر الرازى فى أصول الفقه رسالة ماجستير للطالب / سمير عبد الحميد موسى الحسيكى المعيد بقسم الشريعة الإسلامية بكلية الدراسات العربية والإسلامية بالفيوم وهى غير مطبوعة ، وقد استفدنا منها فيما كتبه عن الإجماع .

❖ ما تميزت وانفردت به هذه الدراسة :

قد تميزت هذه الدراسة عن الدراسات السابقة كماً وكيفاً :

أولاً : من حيث الكم الذى تعاملت هذه الدراسة ❖

- ١- فقد تناولت الدراسة ألفين وستمائة وثمانية وثلاثين مسألة ٢٦٣٨ بالمكرر شملت جميع أبواب الفقه الإسلامى بل وبعض المسائل الأصولية كان نصيب المسائل التى درست فيها ما يقرب من ألف مسألة بالمكرر وهو قدر ليس بالهين .

٢- بلغ عدد المسائل التي وجد فيها مخالفة عند أحد المذاهب الأربعة أو المذهب الظاهري فقط أكثر من ١٠٨ مسألة ، فى حين أن رسالة الرغوى مثلاً لم تذكر سوى ٥٢ اثنيّ وخمسين مسألة فقط وجدت فيها المخالفة مع إدخال المذاهب الشيعية الثلاثة الزيدية ، الإباضية والاثنا عشرية ، (انظر اتفاقات ابن رشد الخاتمة) .

وكذا فعلت رسالة وجيه الشيمى فلم تذكر سوى ٥٨ ثماني وخمسين مسألة بما فيها مخالفات الشيعة كان نصيب المذاهب الأربعة وفقهاء الصحابة والتابعين ١٥ خمس عشرة مسألة فقط ، انظر اتفاقات ابن رشد ص ٣١٤ ، ٣١٥ .

أما ر، عبد الله البوصى فقد كان همه الوحيد جمع المسائل التي حكى فيها ابن عبد البر الإجماع ثم عرض أقوال الفقهاء الذين وافقوا ابن عبد البر فى حكاية الإجماع دون تحليل أو مناقشة وكانت هذه الموافقات تصل أحياناً إلى ١٢ أو ١٥ موافق ١١ ، انظر على سبيل المثال دراسته لمسألة وجوب الزكاة فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب ص ٥٦٥ .

٣- أن هذه الدراسة كانت تتعامل مع كتب ابن عبد البر كلها ولم تقتصر على كتاب واحد فإذا علمنا أن كتاب الاستذكار يقع فى ٣٠ ثلاثين مجلداً ، وكتاب التمهيد فى ٢٦ ستة وعشرين مجلداً وله ترتيب خاص سنذكره قريباً ونحن نتحدث عن الصعوبات التي واجهت البحث -وجامع بيان العلم وفضله فى مجلد واحد والكافى فى مجلد واحد والدرر ، والاستيعاب إلخ مما جعل الباحث مضطراً إلى مراجعة أكثر من ٦٠ ستين مجلداً لاستخراج المسائل التي ادعى ابن عبد البر أنها محل إجماع .

ثانياً : من حيث الكيف :

١- فقد درست رسالة البوصى إجماعات ابن عبد البر فى العبادات بمدلولها الواسع عند المالكية والحنابلة ولاغرو فالرسالة مسجلة بكلية الشريعة بالرياض .

.. وهذا هو الذى دعا الباحث لدراسة أبواب المعاملات ، الحدود والعقوبات ، والقصاص والديات وهى الأبواب التي لم تدرس فى الرسالة المشار إليها والتي يمس موضوعها مو : نوع هذا البحث مسأ مباشرا .

- ٢- أن هذه الدراسة احتوت على دراسة عن ابن عبد البر ومنهجه الفقهي بصورة متوسطة دون الإيجاز المخل ، أو التطويل الممل .
- ٣- أنها احتوت على الطعون التي وجهت لإجماعات ابن عبد البر ومدى استقامتها على المقياس الأصولي وهو ما خلت منه الرسائل السابقة تماماً .
- ٤- أن هذه الدراسة اقتصرت على فقهاء أهل السنة والظاهرية دون المذاهب الشيعية ذلك لأن ابن عبد البر يعتبر الشيعة والمعتزلة والخوارج وغيرهم أهل بدع لا يحتج بهم ولا يعتد بخلافهم - كما سيأتي في موضعه من هذا البحث - فغير المعقول أن نذكر خلافاً للشيعة مثلاً أو للخوارج أو غيرهم ونحتج به على ابن عبد البر بل اقتصرنا على مخالفات من يعتد هو بهم .
- ٥- دراستي لاتناقش الإجماع كدليل شرعي ولاحجية الإجماع ، لكنها تناقش شئاً من الخصوصية وهي نقولات لإجماع قام بنقلها إمام معين .
- ٦- أن الدراسة تعرضت لعرض مصطلحات الإجماع عند ابن عبد البر وإحصاء الاستخدامات المختلفة لكل مصطلح مقارناً باستخدامها عند العلماء خاصة علماء المالكية ثم ترتيب هذه المصطلحات من حيث دلالتها على الإجماع ثم التفريق بينها ، وهو ما خلت منه الدراسات السابقة .

الصعوبات التي واجهت الباحث :

- ١- لاشك أن البحث في مسائل الإجماع من المسائل الصعبة خاصة أنه من الأبحاث التي كانت مثار جدل .
- ٢- طول البحث وكثرة مسائله لذا اقتصرت الدراسة على أبواب معينة وإلا لطلال البحث جداً واستغرق أضعاف المدة المسموح بها في دراسة الماجستير - مع ملاحظة أن الجزء المتروك قد درس في رسالة البوصي - يضاف لذلك ضخامة كتب ابن عبد البر وكثرتها والتي استقينا منها مسائل هذه الدراسة خاصة كتاب التمهيد والذي رتبته على أسماء شيوخ الإمام مالك مما يلزم منه تكرار شرح الحديث وتكرار الأحكام الفقهية فيه ومسائل الإجماع في أكثر من موضع وبألفاظ مختلفة .

٣- صعوبة الحكم على صحة الإجماع أو عدم صحته إذ يتطلب هذا جهداً مضمياً في كل مسألة للبحث عن المخالفين واستخراج الخلاف من بطون الكتب والموسوعات الفقهية القديمة خاصة وأنها لم تتعرض للفهرسة الدقيقة وأحياناً ينص الأئمة على مسألة في مكان لا يمكن أن يتوقعه المرء .

٤- صعوبة العثور على من وافق ابن عبد البر على حكاية الإجماع لقلّة الكتب المؤلفة المستقلة في الإجماع أولاً ، ولأن هذه الإجماعات توجد منشورة وفي كتب الفقه وشروح الأحاديث والتفاسير فتحتاج إلى جهد كبير لاستخراجها مما اضطر الباحث إلى البحث في كثير من المراجع التي تهتم بسرد الإجماع ويذكر المخالفين دون القناعة والرضا بما قد يذكره مصدر أو مصدرين بأن هذه المسألة أو تلك محل إجماع وفي هذا جهد أياً جهد جعل الباحث يسهر الليالي الطوال ويصل الليل بالنهار حتى يمن الله بالفتح .

منهجى فى هذه الدراسة :

- ١- أقوم بتصدير المسألة التي حكى ابن عبد البر فيها الإجماع بنفس اللفظ وإن تكرر ذلك نبهت إليه .
- ٢- قمت بعرض القول المخالف - أو الأقوال - بنصها دون تحوير في العبارة وعزوت ذلك إلى المصادر التي ذكرتها .
- ٣- قمت بالترجمة لهؤلاء المخالفين ترجمة موجزة بالهامش ثم عزوت على المصادر التي اهتمت بالترجمة الموسعة لهم .
- ٤- ترجمت للأعلام غير المشهورة أما الأعلام المشهورة فاكتفيت بذكر تاريخ الوفاة .
- ٥- في عرض الأقوال الفقهية اعتمدت على المصادر الأصلية في كل مذهب فأراء الأحناف ذكرتها من كتب الأحناف وآراء المالكية من كتب المالكية أنفسهم وهكذا .
- ٦- لم يكتف الباحث بذكر المسألة وذكر المخالف فقط بل حاولت قدر الإمكان بيان وجه المخالفة والأدلة التي استند إليها المخالف ثم شفعت

ذلك بذكر رأى الباحث فى المسألة مرجحاً بين الآراء وموازناً بين الأدلة وكان سندى فى الترجيح :

أ) قوة الدليل ووضوحه .

ب) المصلحة العامة التى تقتضى قبول هذا الرأى أو ذاك .

ج) الموافقة للأصول العامة للشريعة الإسلامية والمبادئ التى تركز عليها وترعاها .

٧- اكتفيت بذكر مذاهب العلماء الأربعة السنية والمذهب الظاهرى دون المذاهب الشيعية لأن ابن عبد البر يعتبرهم من جملة المبتدعة ، وأنه أراد أن ينزه كتابه عن ذكر أقوالهم ، ولهذا السبب نفسه لم أشغل بذكر مخالفات الشيعة - وما أكثرها - لابن عبد البر حتى لا نحتج عليه بما ينكره ، فيقول مثلاً فى (الاستذكار - ج ١٥ ، ص ٤٠٠) " وللشيعة فى المذهب مسألة على أحوالهم فى أن لا ترث ابنة الابن شيئاً مع الابنة ورأينا أن ننزه كتابنا عن مذاهبهم " .

وفى ج ٨ ، ص ١٠٣ ، ١٠٧ رد على الإباضية " ومن ذهب مذهبهم فى الإكثار من الماء فى الوضوء وحدهم لذلك حداً وسمهم بالبدعة والضلال .

وفى ج ٩ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ ، حيث رد على الفرق المبتدعة ومنها الشيعة وأبطل مذاهبهم .

٨- أننى التزمت فى عرض المسائل الفقهية ترتيب المالكية لأن ابن عبد البر من كبار أئمة المالكية .

٩ - قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة وعزوتها إلى دواوين السنة وكذا الآيات القرآنية

١٠- قمت بدراسة تأصيلية عن الإجماع عند ابن عبد البر وعلماء الأصول مرتباً الألفاظ الدالة على الإجماع وتحريراً هذه المصطلحات .

كل هذا استدعى تقسيم البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة ثم الفهارس العامة .

١- المقدمة : وقد عرضت فيها سبب اختياري لهذا الموضوع والدراسات السابقة القريبة منه ، وما تميزت به هذه الدراسة والصعوبات التي واجهت الباحث ثم عرض للمنهج الذي اتبعته في عرض القضايا الفقهية والأصولية .

٢- التمهيد : وعرضت فيه ترجمة للحافظ ابن عبد البر اسمه ولقبه - نسبه وأصله - مولده - عصره - مؤلفاته - مرتبة أجدياً حسب الفنون - شيوخه مرتبين أجدياً - تلامذته - مكانته العلمية وثناء العلماء عليه - وفاته .

﴿ الباب الأول ﴾ : دعاوى الإجماع عند ابن عبد البر .

ويشتمل على ثلاثة فصول :

• الفصل الأول : البيوع والمعاملات المدنية .

• الفصل الثاني : الحدود والعقوبات .

• الفصل الثالث : القصاص والديات .

﴿ الباب الثاني ﴾ :

إجماعات ابن عبد البر دراسة تأصيلية واشتملت على أربعة فصول :

• الفصل الأول : الأدلة الشرعية عند ابن عبد البر ، ويتكون من أربعة مباحث ...

١- القرآن .

٢- السنة .

٣- الإجماع .

٤- القياس .

• الفصل الثاني : مفهوم الإجماع عند العلماء .

• الفصل الثالث : مفهوم الإجماع عند ابن عبد البر . وما الذي صح عنده من دعاوى الإجماع .

• الفصل الرابع : طعون العلماء في إجماعات ابن عبد البر .

﴿ الباب الثالث ﴾ :

وعرضت فيه سرداً لدعاوى الإجماع فى الفصل
الأول : البيوع والمعاملات ، الفصل الثانى : الحدود والعقوبات ، الفصل
الثالث : القصاص والديات ، والتى لم يعثر الباحث فيها على مخالف
ملتزماً كذلك بترتيب السادة المالكية .

﴿ الفهارس الهامة ﴾ :

- فهرس المراجع .
- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس تفصيلي لمحتويات البحث .

وفى النهاية لا أستطيع إلا أن أوجه الشكر لأستاذى العزيز العالم
الأصولى والفقيه الجليل الذى فتح لى صدره وقلبه قبل عقله والذى لا
أستطيع أن أعد أو أحصى أفضاله التى غمرتى ، والذى كان له الفضل
الأول فى إخراج البحث على هذه الصورة ولاغرو فبلغ العلم فيه أنه
هكذا دائماً مع أبنائه فجزاه الله خيراً وبارك لنا فيه ذلكم هو الأستاذ
الدكتور/ محمد بلتاچى حسن ، رئيس قسم الشريعة وعميد كلية دار
العلوم الأسبق والمشرف على هذا البحث .

ويعجز اللسان وينقطع المداد عن التعبير عن مدى الشكر
والامتنان لأستاذى الجليل الذى مهما قلت عن إحسانه لى وفضله العميم
على ما استطعت والذى شملنى شمول الأب لأبنائه فنعم المعلم هو ذلكم
هو الأستاذ الدكتور/ محمد أحمد سراج ، أستاذ الدراسات الفقهية بالجامعة
الأمريكية وأستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية
السابق ، فجزاه الله خيراً وهو المشرف المشارك على هذا البحث .

وأخص بالشكر كذلك كل أساتذة الشريعة بكلية دار العلوم وكذا
إخوانى المدرسين ، والمدرسين المساعدين فجزى الله الجميع
خير الجزاء .

أخيراً : فهذا جهد المقل ومع ذلك فإننى لم أدخر وسعاً ولم أضن
بجهد فى إخراج هذا البحث بالصورة اللائقة فإن كنت قد وفقت فالحمد لله
وحده له الفضل والمنة ، فإنه لا يضيع أجر من أحسن عملاً ، وإن كانت

الأخرى فحسبى أننى قد بذلت أقصى ما يستطيع الإنسان بذله وعسى ألا
أحرم الأجر فالمجتهد عموماً دائر بين الأجر والأجرين .

والله سُبْحَانَهُ يوفق ويهدى من يشاء إلى صراط مستقيم وحسبى
كلمات الإمام الدردير :

وقل بذل رب لا تقطعنى عنك بقاطع ولا تحرمنى

من شرك الأبهى المزيل للعمى واختم بخير يا رحيم الرحما

والحمد لله فى الأولى والآخرة وصل اللهم على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم .

التمهيد

وتحتوي على ...

- (١) اسمه ولقبه وكنيته .
- (٢) نسبه وأصله .
- (٣) مولده .
- (٤) عصره .
- (٥) مؤلفاته .
- (٦) شيوخه .
- (٧) تلامذته .
- (٨) مكاتبه العلمية وثناء العلماء عليه .
- (٩) وفاته .

(١) اسمه ، ولقبه ، وكنيته :

لا يختلف المترجمون لابن عبد البر في اسمه ، فهو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي^(١) ، لكن بعضهم يختصر فيقول : يوسف بن عبد الله بن عبد البر كما فعل الفتح بن خاقان^(٢) ، وبعضهم يزيد " النمري " كما فعل حاجي خليفة^(٣) ، لكنهم بالجملة لا يختلفون في ذكر اسمه ، أو ترتيب آبائه ، وأجداده .

❁ لقبه :

لا تذكر المصادر التي ترجمت لابن عبد البر لقباً له سوى الحافظ^(٤) ، أو حافظ المغرب^(٥) ، أو حافظ المغرب والمشرق^(٦) ، ولقبه ابن كثير بـ " إمام ما وراء البحر " ^(٧) .

ولم يشذ في ذلك سوى إسماعيل باشا في هداية العارفين^(٨) وفؤاد إفرام البستاني في دائرة المعارف حيث لقباه بـ " جمال الدين " ^(٩) .

وهذا اللقب خطأ من وجهين :

(١) أن جميع كتب التاريخ والتراجم الأندلسية ، والمغربية القديمة لم يرد فيها ذكر لهذا اللقب .

(٢) أن هذا اللقب لم يثبت عن أهل الأندلس ، أو المغرب أنهم كانوا يلقبون به .

(١) راجع مثلاً جلدورة المقبس للحميدي ص ٣٦٧ ج١ الدار المصرية للتأليف والوجهة ١٩٦٦ م ، بغية الملتبس للضبي ص ٤٧٤ ، الدياج المذهب لابن فرحون ص ٣٥٧ ، فهرسة ابن خير الأشيلي ص ٤١٤ ، شذرات الذهب لابن العماد ص ٣١٤ ج١ ، ط دار الفكر .

(٢) راجع مطمع الأنفس للفتح بن خاقان ج١ ص ٧٠ ، ط السعادة بمصر .

(٣) راجع كشف الظنون لحاجي خليفة ج١ ص ٧٨ ط الكتب العلمية ١٩٩٢ م - ١٤١٣ هـ .

(٤) مطمع الأنفس ص ٧٠ ، العبر للإمام الذهبي ج٣ ص ٣١ ، ص ٢٥٥ ط الكويت ١٩٦١ ، تحقيق فؤاد سيد .

(٥) سير أعلام النبلاء ص ١٣ ص ٥٢٤ ، تحقيق محب الدين أبي سعيد العمروي ، طعة دار الفكر .

(٦) الرسالة المستطرفة للكتاني ص ١٥ ط دار البشائر الإسلامية .

(٧) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ص ٢٩٤ ط دار التراث .

(٨) ج٢ ص ٥٥٠ ط استانبول سنة ١٩٥٥ م .

(٩) ج٢ ص ٣٣٩ الطبعة الأولى .

❁ كُنْيَتُهُ :

اشْتَهَرَ ابْنُ عَبْدِالْبَرِّ بِكُنْيَتَيْنِ هُمَا: "ابن عبدالبر" ، "أبو عمر" ،
والأخيرة هي التي يكنى بها نفسه في كتبه ، وأحياناً يذكره بعضهم باسمه
"يوسف" كما فعل ابن فرحون (١) .

(٢) نَسَبُهُ وَأَصْلُهُ :

ينتمي نسب ابن عبدالبر إلى النمر بن قاسط بن هنب بن أقصى
ابن دهمى بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان (٢) ؛
والنمر بن قاسط قبيلة عظيمة من قبائل ربيعة مشهورة بالفصاحة
والكرم (٣) .

(٣) مَوْلَدُهُ :

اختلف المؤرخون في تاريخ ولادة ابن عبدالبر فقال بعضهم :
إنه ولد في رجب سنة اثنتين وستين وثلاثمائة ٣٦٢ هـ عام ٩٧٨ م (٤) ،
وقال بعضهم : أنه ولد في الرابع والعشرين أو الخامس والعشرين من
ربيع الثاني سنة ثمان وستين وثلاثمائة ٣٦٨ هـ ، ٩٨٤ م (٥) .

ونلاحظ أن المؤرخين ، إما اتبعوا الحميدي والضبي ، وإما
اتبعوا ابن بشكوال وابن فرحون لعدة أسباب منها :-

(١) أن ابن بشكوال اعتمد على رواية عن تلميذ ابن عبدالبر طاهر بن
مفوز أنه قال : " سمعت أبا عمر يقول : ولدت يوم الجمعة ، والإمام
يخطب لخمس بقين من ربيع الثاني سنة ثمان وستين وثلاثمائة هـ .

(١) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون ص ٣٥٧ ط دار الكتب العلمية بدون تاريخ .

(٢) لفح الطيب المقرئ ج١ ص ٢٩٣ تحقيق دكتور/ إحسان عباس ج١ ، الديباج المذهب ص ٣٥٧ .

(٣) سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي ج١ ص ١٣ ط دار الفكر تحقيق محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة
العمرى ، وراجع وفيات الأعيان لابن خلكان ج١ ص ٧١ ط ١ تحقيق دكتور/ إحسان عباس .

(٤) راجع مثلاً جلدوة المقتبس للحميدي ص ٣٦٧ ، بغية المتلمس للضبي ص ٤٧٤ .

(٥) الصلة لابن بشكوال أبي القاسم خلف بن عبد الملك ت ٥٧٨ هـ القسم الثاني ص ٦٧٧ ط الدار المصرية
للتأليف والترجمة سنة ١٩٦٦ م ، الديباج المذهب لابن فرحون ص ٣٥٧ .

قال طاهر : " أرانيه الشيخ - يعني ابن عبد البر - بخط أبيه عبد الله بن محمد رحمه الله " (١) .

(٢) أنهم يذكرون في سنة وفاته ٤٦٣ هـ أنه توفي عن خمس وتسعين عاماً " ٩٥ " وبها يلزم أن يكون مولده عام ٣٦٨ هـ لا ٣٦٢ هـ (٢) .

(٣) أنه يروى عن أبيه - كان من العلماء - وجادة لأنه لم يسمع منه - إذ توفي أبوه سنة ٣٨٠ هـ (٣) لصغر سنه إذ كان عمره اثنا عشر عاماً ؛ ولو أنه ولد عام ٣٦٢ لكان عمره حين وفاة أبيه ثمانية عشر عاماً ، ولأدركه ، ولسمع منه ، لذلك رجحنا أنه ولد عام ٣٦٨ هـ (٤) .

(٤) عصره :-

عاش الحافظ ابن عبد البر في عصر مليء بالاضطرابات والأحداث السياسية ، والفوضى الشاملة ، والتمزق العام في الدولة الأندلسية ، فشهد ذبول الخلافة ، وأفول نجمها ، واشتعال نار الفتن بقرطبة وأشبعتها - الفتنة البربرية - كما شاهد انقسام الأندلس إلى دويلات صغيرة مستقلة سميت في التاريخ بملوك الطوائف (٥) .

ولما كانت الحالة السياسية ، والاجتماعية ، والاقتصادية التي عاشها وعاصرها فقيه ما ذات أثر بالغ في تشكيل ثقافته وعقليته ، بل وموقفه من القضايا الكبرى في مجتمعه ، وموقفه من شيوخ عصره ، واجتهاداتهم من حيث القبول والرفض ، أو التأويل ، والجمع ، وإذا كانت هناك مصلحة ما اقتضتها الظروف المعاصرة ، وهذه المصلحة متعارضة مع نص من حديث ، أو قرآن ، أو أصول مذهبه الذي ينتمي إليه إلى

(١) الصلة لابن بشكوال ص ٦٧٧ .

(٢) راجع مثلاً البداية والنهاية لابن كثير ج ٢ ص ١١١ دار الريان للتراث ، الديباج المذهب لابن فرحون ص ٣٥٧ ، جلدوة المقتبس ص ٣٦٧ ، بغية الملتبس ص ٤٧٤ العبر للإمام الذهبي ج ٣ ص ٢٥٥ ، شذرات الذهب لابن العماد ج ٣ ص ٣٦٤ ، شجرة النور الزكية ص ١١٩ مرآة الجنان وعبرة اليقظان للإمام الياقوتي سنة ٧٦٨ هـ ج ٢ ص ٨٩ ط مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت - لبنان .

(٣) شذرات الذهب لابن العماد ج ٣ ص ٣١٦ .

(٤) راجع مجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ ص ١٩٥ ، وما بعدها بحث الاستاذ/محمد بن يعيش "ابن عبد البر حافظ المغرب " .

(٥) وسيأتي - إن شاء الله - في العمهدي من الباب الثاني تفصيل أكثر .

غير ذلك من الأشياء ذات الأهمية الكبرى في تحديد سمات ومنهج الفقيه، أو العالم المراد دراسته لذلك لزم علينا أن نعرض بشئ من الإيجاز للحالة السياسية، والاجتماعية، والعلمية، والظروف الاقتصادية التي نشأ فيها الحافظ ابن عبد البر وأثرت في عقليته، وفي تفكيره الفقهي والأصولي (١).

* فمن الناحية السياسية : كان عصر ابن عبد البر مليئاً بالاضطرابات، والأحداث السياسية، والفوضى الشاملة، والتمزق العام في الدولة الأندلسية فشاهد ذبول الخلافة الأموية، وأقول نجمها واشتعال نار الفتن بقرطبة وأفظعها وأبشعها الفتنة البزبرية التي أتت على الأخضر، واليابس والتي أنذرت بنهاية دولة المسلمين بالأندلس، كما شاهد ابن عبد البر قيام دويلات صغيرة مستقلة سميت في التاريخ الأندلسي بملوك الطوائف.

وكان والد ابن عبد البر - عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمر - أحد من أورد ابن الخطيب أسماءهم فيمن شهد أخذ العهد من كبار رجال الدولة، ومشاهير فقهاءها على بيعته قبل أن يتوفى الحكم المستنصر الذي دامت خلافته من (٣٥٠هـ - ٣٦٦هـ) فخلفه ابنه هشام الذي حكم من (٣٦٦هـ - ٣٩٩هـ).

وفي خلافته سطع نجم المنصور بن أبي عامر الذي كسر شوكة النصاري في عقر دارهم، وحارب في جهات متعددة، فبلغت غزواته ستاً وخمسين (٥٦) غزوة بأشرفها كلها بنفسه، وكان له كل عام غزوتان في الربيع والخريف حتى إنه وصل إلى معاقل كانت امتنعت على من قبله (٢).

(١) وسيأتي - إن شاء الله - في التمهيد من الباب الأول تفصيل أكثر من ذلك.

(٢) انظر تاريخ ابن خلدون ج ٤ ص ١٤٦، نفح الطيب ج ٣ ص ٢٨٣، مجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ١٤٠١-١٩٨١ ص ١٩٥ وما بعدها، مقدمة كتاب الاستدكار ج ١ ص ١٣، سلسلة أعلام الزبية في تاريخ الإسلام عدد ٢ خاص بابن عبد البر، تأليف دكتور/ عبد الرحمن النحلاوي، دار الفكر دمشق ص ٩ وما بعدها، الدياج المذهب ج ٢ ص ٢٦٩.

وقد تقلد ابنه عبد الله - الذي يكنى به - وزارة القلم ، و وزارة
السيف في عهد المعتضد بن عباس ، وقد سجن بوشاية من ابن زيدون
الوزير المقرب في بلاط المعتضد ، ولم يخرج إلا بشفاعة من أبيه ^(١) .

✽ ومن الناحية الاجتماعية : وإن كان سكان قرطبة قد اندمجوا
عنصرياً ، لكن الطبقة الاجتماعية ظلت قائمة على النحو الذي كانت
عليه في بقية العالم الإسلامي ، فقد كان هناك الأمراء ، والموالي ، وفي
نطاق الأحرار هناك الخاصة ، أو الطبقة العليا بلغة العصر الحديث
والعامة .

وتتكون طبقة الخاصة من أبناء الأسر العربية ، وخاصة أولئك
الذين يرتبطون من قريب ، أو بعيد بنسب مع الأسرة المالكة ، ويطلق
عليهم أحياناً بنو هاشم ، أو أهل قریش إشارة إلى أصولهم النبيلة ،
ويتلقون رواتب من بيت المال إلى جانب أملاكهم الخاصة ، وكانوا
موضع احترام كبير من عامة الشعب ، ويبعدون عن المناصب العامة ،
ويتولى شئونهم نقيب لهم .

وكان " أبناء البيوتات " أوضح عناصر هذه الطبقة في القرن
العاشر الميلادي ، وهم الذين كانوا يتوارثون الوظائف الكبرى منذ القرن
التاسع ، ويحتكرون الإدارة المركزية في العاصمة ، ويتميز من بينهم
خمسة ، أصولهم شرقية وهم : " بنوعبدة - بنوخدير - وبنو شهيد -
وبنو عبد الرزوف - وبنو فطيس " .

ثم تأتي الطبقة الوسطى ، ويتحدث عنها المؤرخون عرضاً ،
ولمأمأ ، وتجيء طبقاً لنظم المراسم في آخر القائمة ، ويطلق عليهم اسم
الأعيان ، وهم أغنياء الأحياء ، وكبار تجار الأسواق ومعظمهم المولدين .

وكانت الطبقة الدنيا أو العامة كما نسميهم المصادر القديمة ، وقل
ما تتحدث عنهم تتكون من الحرفيين ، والعمال ، وكلها من البربر ، أو
المولدين . أو الموالي إلى جانب المتعربين واليهود ^(٢) .

(١) انظر الدخيرة لابن بسام ج٣ ص ١٢٧ ، المغرب في حلي المغرب ص ٤٠٢ .

(٢) انظر الصلة لابن بشكوال ص ٦٧٩ ، بنية الملتبس ص ١٦٦ ، وانظر دراسات عن ابن حزم لأستاذنا
الدكتور/ الطاهر مكي ص ٢٤ وما بعدها .

✽ ومن الناحية العلمية: كانت هناك نهضة علمية أزكتها روح الصراع والتنافس بين الحكام والأمراء و وضحت أسماء كثير من المدن في سماء العلم كقرطبة ، وإشبيلية ، ودانية ، وبلنسية ، وبطليموس ، وسرقسطة، وكان الحكام ، والأمراء يهتمون بالنشاط العلمي ، والتقافي ويشجعون العلماء في مختلف التخصصات كما أسهم الخلفاء في بناء المدارس ، واهتموا بجمع الكتب في مكتبات عامرة تزخر بأمهات المراجع حتى بلغت مكتبة الحكم أربع مائة ألف كتاب (٤٠٠,٠٠٠) واستجلب من المشرق عيون التواليف الجلييلة والمصنفات المهمة في العلوم القديمة والحديثة ، وجمع منها في بقية أيام أبيه ، وفي مدة ملكه من بعده ، ما كاد يضاهيه ما جمعه ملوك بني العباس في الأزمان الطويلة (١) .

(٥) مؤلفاته :-

لم يرحل ابن عبدالبر للقاء ربه حتى خلف وراءه ثروة علمية هائلة ، فقد أخذ عن كبار علماء عصره ممن كانت لهم الصدارة ، وجَدَ في التحصيل ، والطلب ، وامتد عمره قرناً إلا قليلاً ، فملك القدرة الفائقة على التصنيف ، وتتمثل هذه الثروة العلمية في مؤلفاته العلمية الضخمة ، وفتاويه ، وشعره ، وفقهه ، وقد ترك كثيراً من المصنفات ، ربما ضاع أو فقد ، ولذا فمن الصعب الجزم بأن ما سأذكره هو كل الكتب والمصنفات التي ألفها ، ومن ثمة ، فإنني لا أستطيع أن أقول - بصيغة الجزم - إنني قد جمعت كل آثاره مع إنني لم أدخر جهداً في البحث، والتنقيب في كل المراجع التي ترجمت له ، لكن هناك بعض المراجع عانيت بجمع مؤلفاته ، واستقصائها منها ، رسالة ماجستير مقدمة من إسماعيل الندوي بعنوان " ابن عبدالبر وأثره في الحديث والفقه " (٢) .

(١) انظر تاريخ ابن خلدون ج٤ ص ١٤٦ ، لفتح الطيب ج٣ ص ٢٨٣ ، جلدوة المقتبس ص ٥١-٥٢ ، ومجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ١٤٠١ ص ١٦٥ وما بعدها ، أعلام الزينة دكتور/ عبد الرحمن النحلاوي عدد ٢ ص ١٠ ، وما بعدها .

(٢) رسالة على الآلة الكاتبة مكتبة كلية دار العلوم رقم ٤٧ .

ومقدمة كتاب "الكافي في فقه أهل المدينة" : نشر مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م ، وهو أصلاً رسالة ماجستير للطالب /محمد بن أحمد أحميد الماديك الموريتاني ، ومقدمة كتاب الاستذكار تحقيق عبد المعطي أمين قلجبي ، وهي الطبعة التي اعتمدنا عليها في تخريج ، وجمع كل مسائل هذه الدراسة ^(١) ومجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ١٤٠١هـ / ١٩٨١م وبالجملية فقد كان ابن عبد البر " موقفاً في التأليف معاناً عليه ، ونفع الله بتواليفه " ^(٢) كما قال ابن بشكوال .

"أولاً : مصنفاته في علوم القرآن"

(١) البيان عن تلاوة القرآن ^(٣) :

استوعب القول فيه وذكر الآثار في قراءة النبي ﷺ ، ومعنى الهذ ، والترتيل ، والحدرد ... إلخ ...

(٢) الاكتفاء في القراءة ^(٤) :

وهو في قراءة نافع وأبي عمرو بن العلاء ، وتوجيه ما اختلفا فيه و الحجة لكل منهما .

(٣) المدخل إلى علم القراءات بالتجويد :

وفيه يدرس اختلاف أئمة الأمصار في نظم القرآن في نفس الحروف .

(٤) اختصار التجويد ^(٥) :

(١) هناك طبعة أخرى، للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية وهي ناقصة .
(٢) الصلة ص ٦٧٧ ، مجلة دار الحديث الحسنية العدد ٢ ص ٢١٤ وما بعدها .
(٣) الجدوة ص ٣٤٥ ، بغية الملتبس ص ٤٩٠ ، نفع الطيب جـ ٣ ص ١٧٠ .
(٤) كشف الظنون جـ ٢ ص ١٦٤٤ هدية العارفين جـ ٢ ص ٥٥ .
(٥) ترتيب المدارك جـ ٤ ص ٨١٠ .

"ثانياً: مصنفاته في الحديث وعلومه"

- (٥) التقصى لحديث الموطأ وشيوخ مالك ويسمى : "تجريد التمهيد" وهو اختصار التمهيد ، طبع القاهرة ١٣٥٠ هـ في مكتبة القدسي .
- (٦) الشواهد في إثبات خبر الواحد ، وهو يذكره كثيراً أثناء حديثه في التمهيد^(١) والاستذكار .
- (٧) الأجوبة الموعبة في المسائل المستغربة في كتاب البخارى^(٢) .
- (٨) جامع بيان العلم وفضله ، طبعة إدارة الطباعة المنيرية ، القاهرة ١٣٩٨ هـ ، وله طبعة أخرى في دار الفتح بالقاهرة بدون تاريخ .
- (٩) الزيادات في ذكر ما لم يذكر في الموطأ من رواية يحيى بن يحيى ، ورواها غيره في الموطأ ، طبع في القاهرة ١٣٥٠ هـ ، .
- (١٠) واضح السنن .
- (١١) الاستظهار في طرق حديث عمار .
- (١٢) اختصار كتاب التحرير .
- (١٣) اختصار كتاب التميز لمسلم .
- (١٤) التغطا بحديث الموطأ .
- (١٥) حديث مالك خارج الموطأ .
- (١٦) عوالي ابن عبد البر .
- (١٧) وصل ما في الموطأ من المرسل ، والمنقطع ، والمعضل .
- (١٨) منظومة في السنة .
- (١٩) مسند ابن عبد البر^(٣) .

(١) التمهيد ج ٥ ص ١١٦ ، الجذوة ص ٣٦٨ .

(٢) سير أعلام النبلاء ج ١٣ ص ١٥٩ ، ترتيب المدارك ج ٤ ص ٨١٠ .

(٣) ومعلوماتنا عنها قليلة لكن راجع الإشارة إليها الاستذكار ج ٥ ص ٥٦٦١ ، الاستيعاب ج ٢ ص ٤٤٨ هدية العارفين ج ٢ ص ٥٥ ، ترتيب المدارك ج ٤ ص ٨١٠ الرسالة المستطرفة ص ١٥ ، المعجم لابن الأبار ص ٣٢٠ مجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ص ٢١٤ وما بعدها .

" ثالثاً : مؤلفات في الفقه وأصوله "

(٢٠) التمهيد : طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب العربي ١٣٨٧هـ ، ١٩٦٧م وهو مشهور بل هو أشهر كتب ابن عبد البر على الإطلاق .

(٢١) الاستذكار : طبعة دار الوعي بحلب والقاهرة ١٤١٤هـ ، ١٩٩٣ تحقيق عبدالمعطي أمين قلعجي ، وله طبعة أخرى قديمة بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

(٢٢) الإنصاف فيما بين علماء المسلمين في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم من الخلاف ، وهو مطبوع ضمن الرسائل المنيرية .

(٢٣) أصول الفقه وهو مفقود وقد بحثت عنه في دار الكتب ، ومعهد المخطوطات ، وكلية الآداب ، والأزهر فلم أعثر عليه .

(٢٤) الكافي في فروع المالكية ، طبع دار الكتب العلمية ببيروت ١٤١٣هـ ، ١٩٩٢م ، وطبع طبعة أخرى بتحقيق محمد أحمد أحيّد الماديك الموريتاني نشر مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٨هـ ، ١٩٧٨م .

(٢٥) اختلاف قول مالك وأصحابه ، وهو مخطوط في ٣٨ ورقة بمعهد المخطوطات العربية .

(٢٦) أحكام المناقنين (١) .

(٢٧) جوائز السلطان ، وأشار إليه في جامع بيان العلم .

(٢٨) الإشراف على ما في أصول فرائض المواريث من الاجتماع والاختلاف (٢) .

(١) الاستذكار ج ٦ ، ص ٩٢٧٥ .

(٢) الصلة ص ٢٨٤ ، التمهيد ج ٤ ص ١١٤ ، جامع بيان العلم ج ٤ ص ٢٤ .

" رابعاً : في علم الرجال "

- (٢٩) الاستيعاب في معرفة الأصحاب وهو مطبوع متداول : ط حيدر آباد في جزئين سنة ١٣٣٦ هـ ، طبع في مكتبة نهضة مصر بتحقيق على محمد البجاوي بدون تاريخ .
- (٣٠) الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ، طبع القاهرة ١٣٥٠ بمكتبة القدسي .
- (٣١) الاستغناء في أسماء المشهورين من حملة العلم بالكنى (١) .
- (٣٢) أخبار أئمة الأمصار .
- (٣٣) أخبار القاضي منذر بن سعيد البلوطي ت ٣٥٥ هـ .
- (٣٤) الإنباه في أخبار الرواه .
- (٣٥) القصد ، والأمم في معرفة أنساب العرب ، والعجم .
- (٣٦) اختصار تاريخ أحمد بن سعيد بن حزم الصُدفي .
- (٣٧) الدرر في اختصار المغازي والسير ، وهو مطبوع بتحقيق الدكتور/شوقي ضيف في دار المعارف .
- (٣٨) أعلام النبوة .
- (٣٩) تاريخ شيوخ ابن عبد البر .
- (٤٠) كتاب في أخبار القضاة (٢) .
- (٤١) توالييف الحافظ ابن عبد البر ، وجمع رواياته عن شيوخه .
- (٤٢) فهرسة الشيخ الفقيه الحافظ أبي عمر بن عبد البر .
- (٤٣) الذب عن عكرمة البربري .
- (٤٤) محن العلماء .
- (٤٥) المغازي .

(١) ابن عبد البر وجهوده في التاريخ ، ليث سعود جامنم ص ٣ ، ط الوفاء بالمصنوعة .

(٢) راجع مجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ص ٢١٤ ، جدوة المقبس ص ١٢٥ .

"خامساً: الأدب والثقافة العامة"

- (٤٦) بهجة المجالس والكتاب مطبوع في دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨١م ، بتحقيق محمد الخولي .
- (٤٧) الجامع وهو رسالة صغيرة مطبوعة مع كتاب الكافي ، طبع إدارة الطباعة المنيرية ١٤١٣هـ .
- (٤٨) الاهتبال بما في شعر أبي العتاهية من الحكم ، والأمثال .
- (٤٩) الأمثال السائدة ، والأبيات النادرة .
- (٥٠) رسالة في أدب المجالسة ، وحمد اللسان .
- (٥١) مختارات من الشعر ، والنثر .
- (٥٢) نزهة المستمتعين ، وروض الخائفين .
- (٥٣) الإنصاف في أسماء الله .
- (٥٤) البستان في الإخوان .
- (٥٥) الرقائق .
- (٥٦) العقل والعقلاء .
- (٥٧) رسالة في الأنواء ، أو منازل القمر (١) .

(٦) شيوخه :

إن ابن عبد البر قديم السماع كثير الشيوخ عالي الإسناد مع أنه لم يغادر الأندلس لطلب العلم كعادة العلماء المسلمين ، بل اكتفى بشيوخه في أرجاء الأندلس ، وهم لا يحصون كثرة ، ولا يمكن للدارس أن يحصي عددهم ، لكن نذكر المشاهير منهم ، ومن كان له أثر واضح في حياته وتكوين الملكات الفقهية لديه ، ورسوخها عنده ، ونشير لمن أراد الاستزادة إلى المراجع التي ذكرت هؤلاء الشيوخ .

(١) راجع : تاريخ الأدب العربي بروكلمان ج٦ ص ٢٦٣ ، مرآة الجنان ج٣ ، ص ٨٩ ، الصلة ص ٦٧٧ ،
جدوة المقتبس ص ٣٦٨ ، بغية المتتمس للضي ص ٤٧٦ .

١- إبراهيم بن شاكِر بن خطاب بن شاكِر اللخائي القرطبي ، أبو إسحاق^(١) : روى عنه في الاستذكار : (١٠٤٧٩ / ٨) وغيرها .

٢- إبراهيم بن قاسم بن عيسى ، روى عنه في الاستذكار^(٢) : (٨٦٨٨ / ٦) وغيرها .

٣- أحمد بن عبد الملك بن هاشم الإشبيلي ، ابن المكوي :

شيخ المالكية أخذ عنه ابن عبد البر " المدونة " ، وروى عنه في الاستذكار (١١٠٤ / ١) ، (٧٤٣٠ / ٥) وغير ذلك ، وكان شيخ المالكية ، ومع مشيخته للمالكية ، فإن تبحره في العلم جعله لا يتعصب لرأي فقهي في الفروع ، ويلتزم متابعة ما كان عليه الجمهور ، فقد ذكر ابن عبد البر في الاستذكار (٤٣٠٦ / ٤) ، أن شيخي كان يذهب إلى ترجيح رفع اليدين في التكبير للركوع ، وعند الرفع منه فسأله ابن عبد البر : لم لا ترفع فنقتدي بك . فرد الشيخ : لا أخالف رواية ابن القاسم ؛ لأن الجماعة عندنا اليوم عليها ، ومخالفة الجماعة فيما قد أبيح لنا ليس من شيم الأئمة ، وقد لازمه ابن عبد البر ، وأثنى عليه ، فقال : " كان أفضل من رأيت ، وأفقههم ، وأصحهم علماً " ^(٣) ، ومن علاقته به أخذ عنه طريقة تناول الأحكام الفقهية بمنأى عن التعصب الذميم .

٤- أحمد بن إبراهيم : روى عنه في الاستذكار (١٣٨٦٥ / ١٠) .

٥- أحمد بن سعيد بن بشر المعروف بابن الحصار ، يكنى : أبا العباس ^(٤) الاستذكار (٢٣٤١٧ / ١٦) ، وغيرها .

(١) جدوة المقبس للحميدي : ١٥٥ ، الصلة لابن بشكوال (٨٩) ، بغية المتمس للضبي (٢١٨) .

(٢) الصلة (٩٣) .

(٣) الاستذكار (٤ : ٤٣٠٦) .

(٤) جامع بيان العلم (٢٠١) ، وترتيب المدارك (٤ : ٦٧٨) .

٦- أحمد بن عبد الله بن محمد بن علي بن شريعة اللخمي الإشبيلي أبو عمر المعروف بابن الباجي (١) :

روى عنه في " الاستذكار " الكثير منها : (٢٥/١ ، ٧٧٤ ، ٤٤٢ ، ٧٦٥/٣) ، (٨٧٧/٤) ، (٣٥٠/٥) ، (٧٨٦٢/٦) ، (٨٥١٠ ، ٨٢٣٤) ، (٣٠١٢٥/٢٠) ، وعن هذا الإمام الجليل الذي وصفه تلميذه ابن عبد البر بإمام العصر ، وقيقه الزمان (٢) روى عنه المصنفات منها : " رجال الموطأ " لابن مزين (٣) وكتاب " الأحاد في الصحابة " ، " والضعفاء المتروكين " لابن الجارود (٤) ، و " جامع سفيان الثوري الكبير في الفقه والاختلاف " (٥) ، و " مصنف ابن أبي شيبة " (٦) ، وقرأ عليه " العتيبية " في الفقه المالكي (٧) ، كما روى عنه عنه مسند بقي بن مخلد في منتهى جزء (٨) .

٧- أحمد بن عمر بن عبد الله بن منظور بن عصفور الحضرمي الإشبيلي (١) : (٣٣٨-٤١٠) :

روى عنه في الاستذكار (٩٠٢٨/٦) وغيرها ، كان فقيهاً مشهوراً ، وخطيباً فاضلاً ، صالحاً زاهداً ، من أهل العلم والأدب ، والنسك ، والورع .

١

(١) راجع جلدوة المقتبس للحميدي ص ١٥٥ ، الصلة القسم الثاني ص ٦٧٧ ، بغية الملتبس للضيبي ص ٢١٨ ، ترتيب المدارك ج٤ ص ٦٧٨ ، مجلة دار الحديث الحسنية العدد الثاني ١٤٠١-١٩٨١ ص ١٩٦ وما بعدها ، مقدمة كتاب العمهيد ط وزارة الأوقاف المغربية ، مقدمة كتاب الاستذكار تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي .

(٢) جلدوة المقتبس : ١٢٨ ، وسير أعلام النبلاء (٧٥/١٧) .

(٣) فهرسة ابن خير الإشبيلي : ٩٢ .

(٤) جلدوة المقتبس : ١٢٩ .

(٥) جلدوة المقتبس : ١٣٦ .

(٦) فهرسة ابن خير : ١٣٣ .

(٧) جلدوة المقتبس : ١٢٩ .

(٨) فهرسة ابن خير : ١٤٠ .

(٩) جلدوة المقتبس : ١٣٦ ، بغية الملتبس : ١٩٥ ، ترتيب المدارك (٧٤٦/٤) .

٨- أحمد بن فتح بن عبد الله بن علي المعافري التاجر السفار المعروف

بأبن الرسان^(١) أبو القاسم (٤٠٣/٣١٣) :

روى عنه في الاستذكار (٧٣١٣/٥) و (١٠٩٠٧/٨) ، (٢٠٥٣٣/١٤) ، وغيرها ، وهو شيخ جليل ثقة ، محدث ، حج ، وأخذ عن أبي الحسن عتبة الرازي ، وحمزة الكناني ، والحسن بن رشيق ، وإسحاق بن إبراهيم فقيه قرطبة ، وحمل " صحيح مسلم " عن أبي العلاء بن ماهان ، وكان رجلاً صالحاً على هذى ، وسنة ، صنف في الفرائض ، وكان عنده فوائد جمعة عوال ، وقد روى ابن حزم في تواليفه عن رجل عنه ، ومات مختفياً بعد طلب شديد .

٩- أحمد بن القاسم بن عبد الرحمن أبو الفضل ، التميمي التاهرتي

المغربي البزاز^(٢) : (٣٩٥ ، ٣٠٩) :

الشيخ المحدث ، مسند الأندلس ، الثقة العالم الزاهد المتعبد ، ولد بتاهرت بأقصى المغرب ، وقدم به والده قرطبة ، فطلب الحديث بها ، وسمع من القاسم بن أصبغ ، وهب بن مسرة ، ومحمد بن معاوية الأموي ، وأحمد بن الفضل الدينوري ، وغيرهم ، وحدث عنه : ابن الفرضي ، وأبو عمر بن عبد البر في الاستذكار (١٨/١ ، ٦٦ ، ٤٦٦) ، (٤٨٠/٤) ، و (١٣٩٥٦/١٠) و (١٩٢٥/١٤) ، وغير ذلك .

١٠- أحمد بن قاسم بن عيسى بن فرج بن عيسى اللخمس الإقليشي ،

أبو العباس المقرئ^(٣) : (٤١٠-٣٦٣) :

روى عنه في الاستذكار (٥٨٢/١) و (١٣٧٥٨/١٠) وغير ذلك .

(١) جذوة المقتبس (١٤١) ، بغية الملتبس (١٩٩) ، فهرسة ابن خير (٢٣٤) ، الصلة لابن بشكوال (٢٦/١) ، سير أعلام النبلاء (٢٠٥/١٧) .

(٢) جذوة المقتبس (١٤١) ، بغية الملتبس (٢٠١) ، غاية النهاية في طبقات القراء لابن الجزري (٩٧/١) ، الأنساب (١٤/٣ ، ١٥) ، الصلة (٨٤/١) ، معجم البلدان (٩/٢) ، الباب (٢٠٥/١) ، سير أعلام النبلاء (٧٩/١٧) .

(٣) جذوة المقتبس (١٤٢) ، الصلة (٣١) ، بغية الملتبس (٢٠١) .

١١- أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن سعيد بن الحباب الأموي القرطبي بن
الجسور أبو عمر ^(١) : (٣١٩-٤٠١) :

الإمام المحدث الثقة الأديب ، الخير الصالح ، الصدوق ، روى
عنه ابن عبد البر في الاستتكار (١-١٩ ، ٢٠ ، ٨٢ ، ٢٧٢) و
(٤٠٩٢/٤) و (٧١٢٣/٥) ، و (١٩٣١٤/١٤) ، وغير ذلك كثير ، وقرأ
عليه " المدونة " عن ابن مسرة ، عن محمد بن وضاح ، عن مؤلفها
سحنون ، كما قرأ عليه " تفسير ابن عيينة " بروايته عن قاسم بن
أصبغ ، و "الموطأ" .

١٢- إسماعيل بن عبد الرحمن بن علي بن محمد بن أحمد الزمعي
القرشي العامري المصري ، يكنى أبا محمد ^(٢) : (٣٣٣-٤٢١) :

روى عنه في الاستتكار (٣/٢٦٥٢) ، و (٥/٧١٨٣) ، و (٦/٩٣٨٤) ،
و (٦/١١٢٣٣) ، (٩/١٣١٠٧) ومواضع غير ذلك .

١٣- خالد بن سهل الحافظ :

قرأ عليه رواية ابن بكير عن مالك ^(٣) .

١٤- خالد بن القاسم :

روى عنه في الاستتكار (١٥/٢٠٣٩٩) .

١٥- خالد بن أحمد بن أبي جعفر ^(٤) :

روى عنه في الاستتكار (١٥/٢١١٧٢) ، و (١٦/٢٤٣١٤) .

١٦- خلف بن حماد :

روى عنه في الاستتكار (١٨/٢٦٦٤٧) .

...

(١) جذوة المقتبس (١٠٧) ، بغية المتتمس (١٥٤ ، ١٥٥) ، الصلة (١/٢٤ ، ٢٣) ، سير أعلام النبلاء
(١٤٨/١٧) ، والوافي بالوفيات (٧/٣٣٠) .

(٢) جذوة المقتبس (١٦٣) ، الصلة (١٠٥) ، بغية المتتمس (٢٣٠) .

(٣) الاستتكار (١-٢٢٠) .

(٤) جذوة المقتبس (٢٠٥) ، بغية المتتمس (٢٨١) ، تريب المدارك (٤/٧٥٩) .

١٧- خلف بن سعيد بن أحمد بن محمد الأزدي الإشبيلي المعروف بابن المنفوخ^(١) :

روى عنه في الاستذكار (٦٩١٢/٥) .

١٨- خلف بن القاسم بن سهل بن الدباغ الأزدي الأندلسي القرطبي ، أبو القاسم^(٢) : (٣٩٣-٣٢٥) :

الإمام المتقن الحافظ المحدث ، محدث الأندلس في عصره ، وكان من بحور الرواية ، وله رحلة واسعة بعد أن تلقى العلم عن مشاهير الشيوخ بقرطبة ، وغيرها من بلاد الأندلس ؛ فقد استفاد من رحلته إلى الحج في لقاء .

علماء الأمصار في المدن التي مر بها من الأندلس إلى مصر إلى الشام إلى بيت المقدس ، إلى مكة المكرمة ، هذه الرحلة التي استغرقت خمسة عشر عاماً بدءاً من سنة ثلاث مئة وخمس وأربعين ، ولقى فيها نحواً من ثلاث مئة شيخ روى عنهم كل ما روه عن شيوخهم من الروايات ، والكتب ، والمؤلفات ، وتلقاها ابن عبد البر بدوره عنه ، فكان أهم شيخ تلقى عن ابن عبد البر ، خاصة مسند أحاديث مالك ، ومسند أحاديث شعبة ، وكنى الصحابة ، وأقضية شريح ، وقد أورد ابن خير الإشبيلي قائمة^(٣) بهذه المصادر المروية بالسند بطريق ابن عبد البر ، عن شيخه خلف ، فقد كان كثير الملازمة له ، ويعظمه ، ولا يقدم عليه أحداً من شيوخه^(٤) ، وبالغ في وصفه ، وقال : "كتب بالمشرق عن نحو ثلاث مئة شيخ ، وكان من أعلم الناس برجال الحديث ، وأكتبهم له ، وهو محدث الأندلس في وقته"^(٥) ، وقد روى عن ابن عبد البر كثيراً في الاستذكار ، انظر على سبيل المثال لا الحصر : (٥٧٥، ٥٧٤، ٧٦/١) ، (١٧٦٩، ١٧٥٢/٢) ، (٦٦٩٢/٥) ، (٢٩٥٥٧/٢٠) .

(١) جذوة المقتبس (١٠٧) ، بغية المتتمس (٢٨٤) ، الصلة (١٦٥) .

(٢) الصلة لابن بشكوال القسم الثاني ص ٦٧٧ ، ٦٧٨ ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه وإسماعيل الندوي ص ٢٠ جذوة المقتبس ص ٢٠٩ بغية المتتمس ص ٢٨٦ مجلة دار الحديث الحسنية ص ٢١٤ .

(٣) فهرسة ابن خير الإشبيلي (٢٤، ٤٧، ٦٧، ١٢٥، ١٤٦، ١٥٨، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢١١، ٢١٢، ٢١٥، ٢٢٧، ٢٣٠، ٢٦٢، ٢٦٥، ٢٧٠، ٢٧٢، ٢٧٧، ٢٩٧، ٢٩٩) .

(٤) الظر : جذوة المقتبس (٢١٠) ، وبغية المتتمس (٢٨٨) ، وتذكرة الحفاظ (١٠٢٥/٣) ، وتهذيب تاريخ دمشق (١٧٣/٥) .

(٥) جذوة المقتبس (٢١١) ، لفتح الطبيب (١٠٥/٢) ، سير أعلام النبلاء (١١٤/١٧) .

١٩- سعيد بن سيد بن سعيد الحاطبي الشرفي الإشبيلي ، أبو عثمان^(١):

روى عنه في الاستذكار (٦٩١٢/٥) ، وهو آخر فقهاء بلده ،
ووجهه ، نكبه ابن عباد في الفتنة بسبب التهمة في بني حمود ،
واستصفي ماله .

٢٠- سعيد بن عثمان بن أبي سعيد محمد بن سعيد بن عبد الله بن

يوسف بن سعيد البربري الأندلسي ، يعرف بابن القزاز ، اللغوي
القرطبي ، ويلقب : بلحية الزبل^(٢) (٣١٥-٤٠٠) :

الإمام المحدث الثقة ، شيخ اللغة ، تلميذ أبي علي القالي ، حدث
عن قاسم بن أصبغ ، وهب بن مسرة ، وسعيد بن جابر ،
وغيرهم ، وكان أحد الثقات ، روى عنه ابن عبد البر في الاستذكار
(٢١٢٠٢/١٥) وغيرها .

٢٢- سعيد بن نصر ، أبو عثمان^(٣) ، مولى الناصر لدين الله الأموي

صاحب الأندلس (٣١٢-٣٩٥) :

الإمام المحدث المتقن الورع ، حدث عن قاسم بن أصبغ ، ومحمد بن
معاوية بن الأحمر ، وأحمد بن مطرف ، وعنى بالرواية والضبط وروى
الكثير ، وقد روى ابن عبد البر فشن كتابه الاستذكار عنه ، انظر مثلاً
(١٠٣٠، ٩٤٣، ٧٧٢، ٧٥١، ٨١، ٥٣/١) ، (١٨٥٩/٢) ، (٢٤٩٨، ٢٤٩٥/٣) ،
(٥١٥٠/٤) ، و (١٦٧٦٤/١٢) ، وغيرها الكثير .

٢٣- سعيد بن يعيـش :

روى عنه في الاستذكار (١٩٣٥٨/١٤) .

(١) جذوة المقتبس (٢٣٠) ، بغية الملتبس (٣٠٨) ، الصلة (٢٦٢) ، ترتيب المدارك (٧٥٧/٤) .

(٢) جذوة المقتبس (٢٣٢) ، بغية الملتبس (٣١٠) ، الصلة (٢٠٨) ، سير أعلام النبلاء (٢٠٥/١٧) ، طبقات
ابن قاضي شهبة (٣٥١/١) ، بغية الرعاة (٥٨٥/١) .

(٣) جذوة المقتبس (٢٣٤، ٢٣٥) ، الصلة (٢١٠، ٢١١) ، بغية الملتبس (٣١٣، ٣١٤) ، سير أعلام
النبلاء (٨٠/١٧)

٢٤ - عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد بن مسافر الهمداني المغربي
الوهراني البجائي^(١) : (٣٣٨-٤١١) :

الشيخ الجليل الثقة ، أبو القاسم ، أخذ عن القاضي أبي بكر
الأبهري ببغداد ، وعن الحسن بن رشيق بمصر ، وعن تميم بن
محمد بالقيروان ، وكانت له رحلة واسعة إلى أقصى خراسان ،
وعنى بالرواية ، وقدم إلى بلاده بإسناد عال ، فحمل عنه ابن
عبد البر "الموطأ" ، وصحيح البخاري ، وروى عنه في الاستذكار
(٢٣/١) ، وغيره .

٢٥ - عبد الرحمن بن مروان بن عبد الرحمن الأنصاري القرطبي^(٢) ،
(٣٤١-٤١٣) :

سمع "الموطأ" من أبي عيسى الليثي ، وسمع من القاضي
محمد ابن السليم وأبي جعفر بن عون الله ، وتلا على أبي الحسن
الأنطاكي ، وأصبح بن تمام ، وارتحل سنة ٣٦٧ ، فسمع الحسن بن
رشيق ، ولقى حسينك التميمي في الموسم ، وأكثر عن أبي محمد بن
أبي زيد ، وأقبل ، وعلا شأنه ، وتصدر للإقراء والفقهاء بقرطبة ،
وكان إماماً متفناً حافظاً ، مثلاً خاشعاً ، متهجداً مفسراً ، بصيراً
بالفقه ، واللغة ، امتنع من الشورى ، وكان زاهداً ورعاً قانعاً باليسير ،
مجاب الدعوة ، بعيد الصيت ، رأساً في القراءات ، صاحب
تصانيف ، روى عنه ابن عبد البر في الاستذكار (١٥١٣٧/١٠) ،
وغیرها .

(١) جذوة المقتبس (٢٧٥) ، وترتيب المدارك (٦٩٠/٤) ، الصلاة (٣١٧/١) ، بغية الملتبس (٣٦٦) ، الباب
(٣٧٩/٣) ، سير أعلام النبلاء (٣٣٢/١٧) .

(٢) جذوة المقتبس (٢٧٨) ، ترتيب المدارك (٧٢٦/٤) ، الصلاة (٣٢٢/٢) ، بغية الملتبس (٣٧١) ، المغرب
في حلي المغرب (١٦٦/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٤٢/١٧) ، الديباج المذهب (٤٨٥/١) ، غاية النهاية
لابن الجزري (٣٨٠/١) ، طبقات المسيرين للداودي (٢٨٧/١) ، شجرة النور الزكية (١١١/١) .

٢٦- عبد الرحمن بن يحيى بن محمد بن أبي عبدالله العطار ، يكنى : أبا زيد (٣٢٧-٣٩٦) (١) :

وروى عنه في "الاستنكار" (١٧٥١/٢) ، (٩٠١٧/٦) ، وغيرها .

٢٧- عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن أسد الجهيني الطليطلي ، المالكي البزار ، أبو محمد (٢) ، (٣٩٥-٣١٠) :

الإمام العلامة ، عالم الأندلس ، سمع قاسم بن أصبغ ، وارتحل إلى مصر ، ومكة ، وكان من أوعية العلم ، رأساً في اللغة فقيهاً عالماً بالحديث ، كبير القدر ، ذا ورع وإتقان ، وتلاوة في المصحف ، أكثر عنه ابن عبد البر في الاستنكار (١/٧٠٣ ، ١٠٤٧) ، (٥٢٩٧/٤) ، (٧٥٩٦/٥) ، (٢٤٤٠٥/١٦) ، وغيرها كثير .

٢٨- عبدالله بن محمد بن عبد المؤمن ، المعروف بابن الزييات ، يكنى : أبا محمد (٣) :

له رحلة إلى العراق ، وسمع فيها من ابن داسة - صاحب أبي داود - والقطيعي صاحب عبدالله بن أحمد بن حنبل ، روى عنه ابن عبد البر في "الاستنكار" (١/٨ ، ٩١٠ ، ١٠٤٧) ، (٢٤٥٩٣/١٦) ، (٢٦٢٥١/١٧) ، (٢٨٣٠٤/١٩) وغيرها كثير .

٢٩- عبدالله بن محمد القاضي :

روى عنه في "الاستنكار" (١/١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤) ، ولعله تحرف عن التالي : عبدالله بن محمد الشهير بابن الفرضي .

(١) الصلة ٣١٦ ، جذوة المقتبس (٢٧٩) ، بغية الملتبس (٣٧٢) .

(٢) تاريخ علماء الأندلس (٢٤٨) ، جذوة المقتبس (٢٥١) ، ترتيب المدارك (٦٧/٤) ، بغية الملتبس (٣٣١) ، سير أعلام النبلاء (٨٣/١٧) .

(٣) جذوة المقتبس (٢٥٢) ، بغية الملتبس ٣٣٢ ، فهرسة ابن خير (١٠٢ ، ١٠٤) .

٣٠ - عبدالله بن محمد بن يوسف بن نصر القرطبي ، ابن الفرضي أبو

الوليد (١) :

الإمام الحافظ البارع الثقة ، مصنف "تاريخ علماء الأندلس " الذي
ذيل عليه ابن الأبار المتوفى (٥٧٨هـ) كتاب " الصلة " ، وله تأليف
في " أخبار شعراء الأندلس " ، ومصنف في المؤلف ، والمختلف " ،
وغير ذلك .

حدث عنه : أبو عمر بن عبد البر ، وروى عنه في "الاستذكار"
كثيراً ، انظر مثلاً (١٠/١ ، ٦٤) ، (٥/٦٩١٢) ، (١٦/٢٣٢٦٦) ،
وغيرها ، وقال عنه : كان فقيهاً حافظاً ، عالماً في جميع فنون العلم
في الحديث ، والرجال ، أخذت معه عن أكثر شيوخه ، وكان حسن
الصحبة ، والمعاشرة ، قتله البربر ، وبقي ملقى في داره ثلاثة أيام .

وقال ابن حبان : وممن قتل يوم أخذ قرطبة : الفقيه الأديب
الفصيح ابن الفرضي ، ووري متغيراً من غير غسل ، ولا كفن ،
ولا صلاة ، ولم ير مثله بقرطبة في سعة الرواية ، وحفظ الحديث ،
ومعرفة الرجال ، والافتنان في العلوم ، والأدب البارع ، ولد سنة
إحدى وخمسين وثلاث مئة ، وحج سنة اثنتين وثمانين ، وجمع من
الكتب أكثر ما يجمعه أحد من علماء البلد ، وتقلد قراءة الكتب بعهد
العامرية ، واستقضاه محمد المهدي ببلمسية ، كان حسن البلاغة
والخط .

أما صلة ابن عبد البر به فكانت صلة وثيقة جداً (٢) ، أخذ عنه
كثيراً من العلم ، واشترك معه ابن عبد البر في الأخذ عن بعض
الشيوخ ، فعندما يثني عليه يقول : " كان صاحبي ، ونظيري أخذت

(١) جذوة المفتيس (٢٥٤-٢٥٦) ، مطمع الأنفس (٥٧) ، الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة : القسم
الأول/المجلد الثاني (٦١٤-٦١٦) ، الصلة لابن بشكوال (٢٥١/١-٢٥٦) ، بغية الملتبس (٣٣٤-
٣٣٦) ، المغرب في حلي المغرب (١٠٣/١-١٠٤) ، وفيات الأعيان (١٠٥/٣ - ١٠٦) ، العبر
(٨٥/٣) ، تذكرة الحفاظ (١٠٧٦/٣-١٠٧٩) ، سير أعلام النبلاء (١٧٧/١٧) ، الديباج المذهب
(٤٥٢/١) ، طبقات الحفاظ (٤١٨ ، ٤١٩) ، نفح الطيب (١٢٩/٢) ، شذرات الذهب (١٦٨/٣) ،
هدية العارفين (٤٤٩/١) .

(٢) ابن عبد البر الأندلسي وجهوده في التاريخ : ليث سعود جاسم : ١٣٥ .

معه عن أكثر شيوخه ، وأدرك من الشيوخ ما لم أدرك أنا ، صحبتته قديماً ، وحديثاً " (١) ، وقد روى عن ابن عبد البر مؤلفات التي سبق ذكرها ، وكان سند ابن عبد البر الذي رويت به هذه المؤلفات من أوثق الأسانيد ، وأعلامها ، وخاصة كتاب " تاريخ علماء الأندلس " ، الذي اعتمده كل من ألف في تراجم علماء الأندلس ومشاهيرها أمثال: الحميدي تلميذ ابن عبد البر في جذووته (٢) ، والضبي في بغيته (٣) ، وابن بشكوال في صلاته (٤) ، وابن الأبار في تكملته (٥) .

٣١ - عبد الوارث بن سفيان بن جبرون ، الملقب بالحبیب (٦) :

المحدث الثقة ، العالم الزاهد ، كان أكثر الناس ملازمة لقاسم بن أصبغ ، وأخذ عن وهب بن مسرة ، ومحمد بن عبد الله بن أبي دليم ، وكان صالحاً عفيفاً ، طلب العلم في الحداثة ، وتلقى عن العلماء الكبار الحديث ، ولزم كبار العلماء ممن لهم رحلة ، وروى ما نقلوه من المؤلفات إلى الأندلس ، متحريراً أعلى الأسانيد ، حتى قال ابن عبد البر فيه : " رأيت كثيراً من أصول قاسم بن أصبغ فرأيت سماه في جميعها ، وحدث بعلم جم ، وقرأت عليه " (٧) .

وقد قرأ عليه ابن عبد البر مؤلفاته ، وكثيراً من مؤلفات غيره ، ومروياتهم ، وقد نقل لنا ابن خیر الإشبيلي قوائم بالمؤلفات ، والمصنفات التي رواها عن عبد الوارث بن سفيان من طريق ابن عبد البر في شتى العلوم ، ونقلها لنا الحميدي كذلك .

(١) الصلة : ابن بشكوال ص ٢٥٣ ، والحميدي ، جذوة المقتبس ص ٢٥٤ .

(٢) الصلة : ابن بشكوال ص ٢٥٣ ، والحميدي ، جذوة المقتبس ص ٢٥٤ .

(٣) الضبي : بغية الملتبس ص ٣٣٤ .

(٤) ابن بشكوال : الصلة ص ١ .

(٥) التكملة لكتابي الوصول والصلة (٧/١) .

(٦) جذوة المقتبس (٢٩٥ ، ٢٩٦) ، الصلة (٣٨٢/٢ ، ٣٨٣) ، بغية الملتبس (٣٩٩-٤٠٠) ، والمير

(٣/٥٩) ، وسير أعلام النبلاء (١٧/٨٤) ، شذرات الذهب (٣/١٤٥ ، ١٤٦) .

(٧) جذوة المقتبس (٢٩٥-٢٩٦) ، والصلة (٣٨٢) .

فمن مؤلفات ^(١) عبد الوراث التي رواها ابن عبد البر عنه :
(الأنساب) ، (وفضائل قريش) ، (وأحكام القرآن) وهو على نسق
كتاب إسماعيل بن إسحاق القاضي ، (وحدیث مسدد بن سرهد)
(وغرائب حدیث مالك مما ليس في الموطأ) ، و(المجتبي في الفقه) ،
وروى عن ابن عبد البر مما ليس من مؤلفاته مما أورده ابن خير
الإشبيلي في فهرسته ومن ذلك :

(تاريخ ابن أبي خيثمة) ^(٢) ، و(كتاب المغازي لابن أبي
خيثمة) ^(٣) ، كذلك (والمغازي لموسى بن عقبة) ^(٤) (وسيرة رسول
الله ﷺ لمحمد بن إسحاق رواية البكائي) ^(٥) ، (وأعلام النبوة) لابن
قتيبة ^(٦) ، و(كتاب المعارف لابن قتيبة) ^(٧) ، و(كتاب القطعان) لمحمد
ابن وضاح ^(٨) ، (وجامع سفيان الثوري الكبير) ^(٩) ، ومصنف أبي بكر
ابن أبي شيبة ^(١٠) ، ومصنف وكيع بن الجراح ^(١١) ، و(كتاب غريب
الحدیث لابن قتيبة) ^(١٢) ، و (كتاب الدلائل) لقاسم بن أصبغ ^(١٣) ،
(وأحكام القرآن) إسحاق بن إسماعيل القاضي ^(١٤) ، و(كتاب الزهد)
لجعفر بن محمد بن شاکر الصائغ ^(١٥) و (كتاب العين) للخليل بن

(١) الفهرسة : ابن خير (٥١-٥٢) ، وما بعدها .

(٢) نفس المصدر (٢٠٦) ، وانظر التاريخ : ابن القرضي (٣٦٦) .

(٣) الاستيعاب : ابن عبد البر (٢٢/١) .

(٤) نفس المصدر (٢١/١) ، وانظر فهرسة ابن خير (٢٣٠) .

(٥) الفهرسة : ابن خير (٢٣٣) .

(٦) نفس المصدر : (١٥١) .

(٧) نفس المصدر : (٣٧٧) ، وانظر جذوة المقتبس : الحميدي : (٢٩٦) .

(٨) نفس المصدر : (١٥٠) .

(٩) نفس المصدر (١٣٦) .

(١٠) نفس المصدر (١٣٧) .

(١١) نفس المصدر (١٢٦) ، وانظر الجدوة : ٩٤٠ .

(١٢) الجدوة : الحميدي (٢٩٦) .

(١٣) نفس المصدر : (٢٩٦) ، وانظر الفهرسة : ابن خير (١٢٤) .

(١٤) الفهرسة : ابن خير (٥١-٥٢) .

(١٥) نفس المصدر (٢٧١) .

أحمد الفراهيدي^(١) ، وغيرها من الكتب التي ساهمت في بناء الحضارة الإسلامية في الأندلس^(٢) .

وشحن كتاب " الاستذكار " بالرواية عنه ، وانظر مثلاً : (٤٢٧/١) ، ٥٦٤ ، ٦٦٥ ، ٦٩٥ ، ٧٥١ ، ٧٧٥ ، (٢٩٠٤٩/٢٠) وغيرها كثير .

٣٢- محمد بن عبد الله بن حكم الأموي المعروف بان البقري ، أبو عبدالله^(٣) :

روى عنه في " الاستذكار " (٤٩٨/١) ، (١١٧٩/٢) ، (٢٥٧٩/٣) ، (١٩٧٦٢/١٤) ، وغير ذلك .

٣٣- محمد بن عبد الملك بن ضيفون اللخمي القرطبي الحداد^(٤) :
(٣٩٤-٣٠٣) ، الشيخ المحدث المعمر ، أبو عبد الله :

سمع عبدالله بن يونس القبري ، وأحمد بن زياد ، وقاسم بن أصبغ ، ثم حج في سنة تسع وثلاثين ، فشهد رد الحجر الأسود إلى مكانه ، وسمع من أبي سعيد بن الأعرابي ، وعبدالكريم بن النسائي ، وأبي جعفر محمد بن يحيى بن دحمان المصيصي ، لقيه بطرابلس ، وعبدالله بن مسرور القيرواني .

وكان صالحاً معداً ، آخر أصحابه موتاً أبو عمر بن عبد البر ، وروى عنه في " الاستذكار " (٧٦٨١/٥) ، (١٠٣٨٣/٨) ، (١٧٩٠٨/١٣) ، (١٩٨٩٤/١٤) ، وغيرها .

٣٤- محمد بن قاسم بن محمد الأموي الجالطي ، أبو عبدالله^(٥) : (٣٣٦-٤٠٣) : روى عنه في " الاستذكار " (٢٥١٠٨/١٧) .

(١) نفس المصدر (٣٤٩) .

(٢) ابن عبد البر وجهوده في التاريخ : ليث سعود ، ص ١٤٠ .

(٣) جلدوة المقتبس : ٦٥ ، بغية الملتبس : ٩٠ ، الصلة : ٤٩٤ .

(٤) تاريخ علماء الأندلس (١٠٩، ١٠٨/٢) ، جلدوة المقتبس (٦٨) ، بغية الملتبس (١٠٢) ، العبر (٥٧/٣) ،

دول الإسلام (٢٣٧/٣) ، سير أعلام النبلاء (١٧ - ٥٦) ، المغني في الضعفاء (٦٠٩/٢) ، ميزان الاعتدال (٦٣٣، ٣) ، نفح الطيب (٢٣٧/٢) ، شذرات الذهب (١٤٤/٣) ، ١٤٥ .

(٥) الصلة : ٤٩٠ ، ترتيب المدارك (٤ : ٦٨٣) ، ابن عبد البر وجهوده في التاريخ ص ١٤٠ .

٣٥- يحيى بن عبدالرحمن بن مسعود بن موسى ، المعروف بان وجه الجنة (١) ،
(٤٠٢-٣٠٤) :

الشيخ الثقة المعمر ، أبو بكر القرطبي ، سمع من قاسم بن أصبغ ،
ومحمد بن أبي دايم ، ومحمد بن معاوية ، وأحمد بن مطرف ، وكان خيراً
ديناً ، حدث عنه أبو عمر بن عبدالبر في "الاستذكار" (١٤/٢٠١٩٧) ،
(٢٠/٢٩٦٧٥) وغيرها .

(١) الصلاة : (٢/٦٦٣) ، جذوة المقتبس (٣٣٧) ، بلية الملتبس (٥٠٤) ، سير أعلام النبلاء (١٧/٢٠٤) ،
وهؤلاء أشهر شيوخه ، وهم لا يحصون كثرة ، ومن أراد الاستزادة فليراجع الصلاة القسم الثاني ص ٤٧٨ ،
ابن عبدالبر وأثره في الحديث والفقہ للندوي ص ٣٠ ، ابن عبدالبر وجهه في التاريخ ليث مسعود جاسم .

(٧) تلاميذه :

أصبح الإمام ابن عبد البر حامل لواء الحديث ، والفقه في الأندلس ، وحافظ المغرب بلا منازع حتى إن ابن كثير لما نقل عنه قال : " أنه إمام ما وراء البحر " ^(١) لذا فقد كثرت تلاميذ ابن عبد البر كثرة يصعب على المرء أن يحيط بهم جميعاً ، وذلك لمكانته العلمية ولعلو سنده ، وتهافت طلاب العلم عليه ، وطول عمره ، الذي قضاه كله في خدمة العلم ، وسأقتصر في هذه المقدمة بذكر أهمهم ثم أشير إلى المراجع التي ذكرت نبذاً عنهم لمن أراد الزيادة .

١- أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد الغساني الجبلي الأندلسي ^(٢) : (٤٢٧-٤٩٨) صاحب الكتاب النفيس " تقييد المهمل " ، وكان من جهابذة الحفاظ ، ومن أكمل المحدثين علماً بالحديث ، ومعرفة بطرقه ، وحفظاً لرجاله ، قوى العربية ، بارع اللغة ، مقدماً في الآداب والشعر ، والنسب ، موصوفاً بالجلالة ، والنباهة ، والتواضع .

ذكر السهيلي في " الروض الأنف " (٣٣٤/٦) : حدثنا أبو بكر بن طاهر ، عن أبي علي الغساني ، أن أبا عمر بن عبد البر قال له : أمانة الله في عنقك ، متى عثرت على اسم من أسماء الصحابة لم أذكره ، إلا ألحقته في كتابي ، يعني " الاستيعاب " .

وقد أكثر أبو علي الغساني النقل عن شيخه ابن عبد البر رواية ، وإجازة ، فما من كتاب روى بسند عن ابن عبد البر ، أو مؤلف نسب إليه ، إلا كان اسم أبي علي الغساني رواية له ، عن ابن عبد البر ، فكان خير حافظ لعلم أستاذه ، ومبلغ له من بعده ^(٣) .

(١) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٩٤ ، ط دار التراث بدون تاريخ .

(٢) الصلة (١٤/١) ، بغية الملتبس : ٢٦٥ ، وفيات الأعيان (١٨٠/٢) ، سير أعلام النبلاء (١٤٨/٩) ، العبر (٣٥١/٣) ، تذكرة الحفاظ (١٢٣٣/٤) ، مرآة الجنان (١٦١،٤٦/٣) ، شجرة النور (١٢٨/١) .

(٣) فهرسة ابن خبير : ٢٤ ، ٤٨ ، ٧٢ ، ٨١ ، ٩١ إلخ .

٢ - خلف بن عبدالله بن سعيد بن عباس بن مدير الأزدي (١) :

الخطيب بالمسجد الجامع بقرطبة ، سكن المرية مدة ثم صار إلى قرطبة ، وأقرأ الناس بها ، وسمع منه جماعة من أهلها ، وكان ثقة فيما رواه ضابطاً لما كتبه ، حسن الخط ، كثير الجمع ، والتقيد ، أكثر عن ابن عبد البر ، وكان مولده سنة سبع وعشرين وأربعمائة وتوفي يوم الجمعة لست بقين من شهر رمضان سنة خمس وتسعين وأربعمائة .

٣ - أبو بحر سفيان بن العاصي بن أحمد بن العاصي الأسدي (٢) :

أسد خزيمية ، أصله من " بلنسية " إمام محدث أديب متقدم ، وله فهرسة جامعة لشيوخه ، ولد في نحو الأربعين وأربعمائة وتوفي بقرطبة سنة عشرين وخمسمائة ، ودفن في مقبرة الربض .

٤ - أبو داود (٣) سليمان بن نجاح :

مولى المؤيد بالله الأموي - مقرئ الأندلس ، وصاحب أبي عمرو الداني - وأثبت الناس به ، له تواليف كثيرة تدل على سعة علمه ، ومعرفته بالقراءة ، كتب صحيح البخاري ، ومسلم بخطه ، اعتنى بضبطهما حتى أصبحت نسخته مرجعاً للضبط ، والإتقان ، ولم يزل يقرأ كتاب الله ﷻ وحديث رسول الله ﷺ إلى أن توفي ، وكانت جنازته مشهودة في سنة ست وتسعين وأربعمائة ، وكان مولده سنة ثلاثة عشر وأربعمائة .

٥ - الإمام الحافظ الناقد المجود أبو الحسن طاهر مفوز بن أحمد بن

مفوز (٤) المعافري الشاطبي (٤٢٩ - ٤٨٤) :

تلميذه وخصيصه ، أكثر عنه وجود ، وكان فهماً ذكياً ، إماماً ، من أوعية العلم ، وفرسان الحديث ، وأهل الإتقان ، والتحرير مع الفضل ، والورع ،

(١) الصلة (١/١٧٠) .

(٢) البغية : ٢٩١ ، والغنية : ١٤٠ .

(٣) سير أعلام ١٨٤-١١-١٨/٢ ، البغية ص ٢٩٠ .

(٤) ترجمته في : الصلة (١/٢٤٠) ، بغية المتتمس : ٣٢٧ ، العبر (٣/٣٠٥) ، سير أعلام النبلاء (١٩/٨٨) ، وتذكرة الحافظ (٤/١٢٢٢) .

والتقوى ، والوقار ، والسمت ، وإليه انتهى علم ابن عبد البر ، واعتبر سنده من أعلى الأسانيد ، وتعتبر مروياته عن ابن عبد البر من أوثق الروايات ، وكان شيخه ابن عبد البر يميل إليه ، ويتبسط معه في الحديث ، وهو الذي نقل إلينا أصح ما روي في تأريخ ولادة ابن عبد البر حيث أراه شيخه ^(١) لمتانة صلته به ، وهو الذي صلى على ابن عبد البر عند وفاته .

٦- أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن عتاب بن محسن القرطبي ^(٢)
(٤٣٣-٥٢٠):

أجازه شيخه ابن عبد البر لكل مروياته ، فقد كان ملازماً له ، وأخذ عنه كل علمه ، ومصنفاته ، وهو آخر الشيوخ الجلة الأكابر بالأندلس في علو الإسناد ، وسعة الرواية ، وكان صدرأ فِيمَن يَسْتَفْتَى ، وكان من أهل الفضل ، والتواضع ، والحلم ، والوقار ، وكانت الرحلة في وقته إليه ، كان يؤدي زكاة علمه بتبليغه ، سمع منه الآباء ، والأبناء ، وروى عنه خلق كثير .

٧- أبو محمد عبد الله بن حيان ، فرحون الأروشي ^(٣) :

نزىل بلنسية ، فقيه محدث كانت له همة عالية في اقتناء الكتب ، وجمعها ، سمع من أبي عمر كثيراً ، وتوفى - رحمه الله في النصف من شوال سنة سبع وثمانين وأربعمائة ، وكان مولده سنة تسع وأربعمائة .

٨- أبو محمد عبد الله بن عبد البر - ابنه .

٩- الإمام أبو محمد بن حزم على بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب
ابن صالح الأموي القرطبي الظاهري ^(٤) توفى ٤٥٦هـ :

كان أجمع أهل الأندلس قاطبة لعلوم الإسلام - وأوسعهم معرفة ، مع توسعه في علم اللسان ، والبلاغة ، والشعر ، والسير ، والأخبار ، وكان ذكي الفؤاد ، حاد الذهن ، عالماً بعلوم الحديث ، والكتاب ، وقد

(١) تقدم هذا عند ذكر تاريخ ولادة ابن عبد البر في صدر هذا البحث .

(٢) الصلة (٣٤٨/٢) ، سير أعلام النبلاء (٥١٤/١٩) ، المعبر (٤٧/٤) ، تذكرة الحفاظ (١٢٧١/٤) ، الديباج المذهب (٤٧٩/١) ، طبقات المفسرين للداودودي (٢٨٥/١) .

(٣) البغية (٣٣٠-٣٣١) ، والصلة (٢٧٨/٢) .

(٤) ترجمه ألفردت في كتب وذكرها كثيرون منهم صاحب الصلة في ج١ ص ٣٩٥ ولي المطمح ص ٦٤،٦٣ ، البغية ٤٠٣ ، ٤٠٥ .

كان شافعي المذهب ، ثم انتقل إلى مذهب أهل نفاة القياس ، وزهد في الدنيا بعد الرئاسة التي كانت له ، ولأبيه ، متواضعاً ، ولكنه كان كثير الوقوع في العلماء المتقدمين لا يكاد أحد يسلم من لسانه حتى قبل : كان لسان ابن حزم ، وسيف الحجاج شقيقين ، فنفرت منه القلوب ، ومال الفقهاء إلى بغضه ، ورد قوله وشنعوا عليه ، واجمعوا على تضليله ، وحذروا سلاطينهم من فتنته ، ونهوا العوام عن السماع منه ، والاخذ عنه ، فأقصته الملوك ؛ وشردته عن قرطبة ، فتوفي ببادية ليلة سنة ست وخمسين وأربعمائة ، وقد قيل أنه علم الحديث عن ابن عبد البر وبه تخرج (١) .

١٠ - أبو الحسن علي بن عبد الرحمن الشاطبي المقرئ (٢) :

أصله من قرطبة ، أقرأ الناس القرآن وأسمعهم الحديث ، وكان ثقة فيما رواه ، ثبتاً فيه ، ديناً فاضلاً ، توفي بشاطبة يوم الأربعاء لثلاث خلون من شعبان سنة ست وتسعين وأربعمائة .

١١ - الإمام القدوة المتقن الحافظ ، شيخ المحدثين ، أبو عبد الله محمد بن أبي نصر فتوح بن عبد الله الأزدي ، الحميدي الأندلسي (٣) :

الناطقة ، حمله أبوه على كتفه ، وهو ابن خمس سنين ليسمع من العلماء ولما شب بدأ يلزم ابن حيان ، وابن عبد البر ، وكان لقاءه به في شاطبة ، فحمل عنه علماً جماً ، وأجازه في رواية كتبه ، ثم رحل إلى بغداد ، وتألق نجمه ، حيث روى عن أكبر عالَمين في عصره : حافظ المغرب ، ابن عبد البر ، وحافظ المشرق : الخطيب البغدادي . مما هيا له ثروة علمية ضخمة ، ووصفه الذهبي بقوله : " كان إماماً في علم الحديث ، متبحراً في علم الأدب ، والعربية " ، صنّف " جذوة المقتبس في ذكر ولادة الأندلس وأسماء رواة الحديث والأدب " ،

(١) سير الأعلام ١٨٤-١١-١٨٤/٢ .

(٢) البغية : ٤١٢ ، والصلة (٤٠١/١) ، والشذرات (٤٠٤/٣) .

(٣) الصلة (٥٦٠/٢) ، بغية الملتبس : ١٢٣ ، معجم الأدباء (٢٨٢/١٨) ، الأنساب (٢٣٣/٤) فهرسة ابن خير : ٢٢٦ ، الكامل في التاريخ (٢٥٤/١٠) ، سير أعلام النبلاء (١٩ : ١٢٠) ، تذكرة الحفاظ (١٢١٨/٤٠) . النجوم الزاهرة (١٥٦/٥) ، نفع الطيب (١١٢/٢) .

و"الجمع بين الصحيحين" البخاري ، ومسلم ، "وجمل تاريخ الإسلام" وبعض الكتب في الأدب والشعر .

١٢ - أبو عمران موسى بن أبي تليد من تلاميذه أبو الوليد ابن الدباغ الحافظ (١) :

١٣ - أبو الحجاج يوسف بن عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن عدس الأنصاري (٢) :

من أهل شريون روى عن أبي عمر بن عبدالبر فأكثر ، وسمع بطليطة ، وتفقه بها ، وكان من أهل العلم ، حافظاً متقناً ، وله كلام على معاني الحديث ، توفي بفاس منتصف شوال سنة (٥٠٥) .
هكذا على امتداد أكثر من قرن يلقانا تلميذ ابن عبدالبر طبقة بعد طبقة ، اقتصر فيهم على ما يحتمله المجال .

(١) مرآة الجنان ج٣ ص ٨٩ ، الصلة ص ٦٧٧ ، سير أعلام النبلاء ج١٣ ص ٥٢٥ ، شذرات الذهب ج٣ ص ٣١٤ وما بعدها ، مقدمة كتاب التمهيد ، مقدمة كتاب الاستذكار ص ٧٦ ، ٧٧ ، جذوة المقتبس ص ٣٦٧ ، بغية الملتبس ص ٤٧٤ وغيرها ، وراجع دراسة ليث بن سعود جاسم : ابن عبدالبر وجهوده في التاريخ ط الوفاء المنصورة ص ٥٠٨ وما بعدها فقد حصر ما يقرب من مائة من تلامذته .

(٢) البغية : ١٤٤٤ .

(٨) مكانته العلمية وثناء العلماء عليه :

من العسير أن يصور الباحث مدى ثقافة ابن عبد البر ؛ لتشعب هذه الثقافة ، وشمولها لجميع أنواع المعرفة في عصره ، فهو عبارة عن موسوعة من المعارف المختلفة ، إذ كان يلتهم كل ما وجد في طريقه من العلوم ، والفنون ، مع التركيز على العلوم الإسلامية خاصة على الحديث ، فقد كان مشاركاً في جميع العلوم ، والمعارف ، من حديث ، وفقه ، وتاريخ ، وأدب ، وعلم كلام ، والنحو ، واللغة ، والطب ، والهندسة ، والموسيقى ... وغيرها .

ففي الحديث كان من الحفاظ الكبار ، والنقاد العظام الذين اتجهوا إلى تمحيص الرواية ، واستخراجها من بين الدخيل ، فدرس رواية الحديث ، ورجاله ، وأحوالهم ، كما جمع حديثاً كثيراً بسنده يمكن أن نسميه "بمسند الحافظ ابن عبد البر" .

وفي الفقه وصل إلى درجة الاجتهاد ، حيث رجح في استنباط أحكامه من الأصول التي استنبط منها الأئمة ، والسلف الصالح قديماً ، ونبذ التقليد ، ورجع إلى طريق السلف ، وهي الأخذ من الكتاب ، والسنة مباشرة ، فاستنبط ، وصحح ، ورجح واختار ، وقارن بين المذاهب ، وأتى بالشواهد والحجج والبراهين ، وكان مرناً متفتحاً على جميع المذاهب - بما فيها المذهب الظاهري - دون تعصب ، ورغم أنه كان يعمل في إطار المذهب المالكي ، فهو يميل إلى المذهب الشافعي ، وأحياناً إلى الحنفي ، أو الحنبلي كما سيأتي في موضعه من هذا البحث ، بل أحياناً كان يعارض الإمام مالكا ، ويبدو ذلك جلياً في فتاويه ، واجتهاداته كما سيأتي إن شاء الله .

لكن يمكن أن نقول بإيجاز إن العلماء قد قسموا درجات الاجتهاد لحمس درجات أو أربع على خلاف بينهم .

(١) الإمام المتبوع أو المجتهد المطلق صاحب المذهب ، كالصحة والأئمة الأربعة والإمام داود بن علي .

(٢) أصحاب الاجتهاد المطلق المنتسبون ، وهؤلاء لا يقلدون إمامهم لا في المذهب ولا في دليله ، لاستقلالهم عنه وتمتعهم بأهلية الاجتهاد

المطلق ، وإنما ينتسبون إليه لنشأتهم على مذهبه واستفادتهم منه مثل محمد بن الحسن ت ١٨٩ هـ ، وأبو يوسف ، والمزني صاحب الشافعي ت ٢٦٤ هـ .

(٣) أصحاب الاجتهاد في المذهب وهو الذي يخرج على قواعد المذهب ، وقد تكون له اختيارات فهو يحفظ منهج الإمام ويجتهد عليه وذلك مثل السرخسي الحنفي ت ٤٩٠ هـ ، والشيرازي الشافعي ت ٤٧٦ هـ ، وابن عبد البر المالكي ت ٤٦٣ هـ لكن ابن عبد البر تميز بالثورة على التقليد وكانت له اختيارات خاصة به خارج المذهب المالكي مما كاد أن يصل به للطبقة السابقة .

(٤) منزلة المرجح داخل المذهب تصل إليه روايتان فيقول هذه أرجح على قواعد المذهب ، مثل الجصاص الحنفي ٣٧٠ هـ ، وغيره كثير من اتباع المذاهب الفقهية .

(٥) حفاظ الفروع ؛ وهم يحفظون فروع المذهب لا يتجاوزونها بحال وهم مقلدون تقليد محض ، ككثير من أتباع المذاهب من المتأخرين (١) .

وفي الأدب ، واللغة ، فهو أديب بارع ، له ديوان ضخم من الشعر ، وناقد ماهر ، ونحوي مقتدر يظهر كل ذلك لمن يطالع مؤلفاته .

وبالجملة فابن عبد البر يمتاز بقدرات عقلية هائلة ، أهله لأن يحتل المكانة الأولى في المغرب العربي ، إذ حباه الله بالذكاء الوقاد ، والحافظة القوية ، والذاكرة الواعية ، والصبر ، والجلد ، والإخلاص في طلب العلم وحببه الشديد له ، وكان يجمع إلى ذلك كله آداب الأخلاق ، مع حسن المعاشرة ، ولين الكنف ، وكثرة الاحتمال ، وكرم النفس ، والإباء ، ومهابة العلماء ، والأنقياء فرحمه الله رحمة واسعة ونفعنا بعلومه في الدارين ، آمين .

١٠ ، عن محاضرة خطبة أملاها علينا استاذنا الدكتور / محمد بلتاجي . أثناء تدريسه لنا بالسنة التمهيدية عام

١٩٩٣ ، وراجع رسالة استاذنا الدكتور / محمد سراج ، الفكر الفقهي للإمام الغزالي ص ٧٥ ، إعلام

المؤلفين ج ١ ص ١٨٦ .

❀ أما ثناء العلماء عليه وأقوالهم فيه :

فهي كثيرة لا تحصى وتتم عن مدى علم وأخلاق الحافظ ابن
عبدالبر .

❀ قال عنه ابن حزم :

وهو معروف بسلامة الدين ، والشدة - عن كتابه التمهيد
وعنه : " لا أعلم في الكلام على فقه الحديث مثله أصلاً ، فكيف بأحسن
منه " ، وقال ابن بشخوال : " ابن عبدالبر فريد عصره و واحد دهره " (١) .

❀ وقال أبو الوليد الباجي :

" لم يكن بالأندلس مثل أبي عمر بن عبدالبر في الحديث " ،
وقال : أبو عمر أحفظ أهل المغرب " (٢) .

❀ وقال الفتح بن خاقان :

" إمام الأندلس ، وعالمها ، الذي التاحت به معالمها ، صحح
المتن ، والسند ، وميز المرسل من المسند ، وفرق بين الموصول ،
والقاطع ، وكسا الملة منه نور ساطع ، حصر الرواة ، وأحصى
الضعفاء منهم والتقاة ، وجد في تصحيح السقيم ، وجدد منه ما كان
كالكهف والرقيم ، مع معاناة العلل ، وإرهاق ذلل الغلل ، والتتقيف
والتنبيه وشرح المقفل واستدراك المغفل ، وله فنون هي للشريعة رتاج
وفي مفرق الملة تاج ، شهرت للحديث ظبي ، وفرعت لمعرفته ربي
أما أدبه فلا تعبر لجته ، ولا تدحض حجته " (٣) .

❀ وقال الحميدي :

" أبو عمر فقيه حافظ مكثر ، عالم بالقراءات ، وبالاخلاف في
الفقه ، وعلوم الحديث ، والرجال ، قديم السماع ، كثير الشيوخ " (٤) .

(١) نفح الطيب ج ٢ ص ٧٦٧ تحقيق د/ إحسان عباس ط دار الفكر ، ط الأولى .

(٢) الصلة لابن بشخوال القسم الثاني ص ٦٧٧ .

(٣) مطمع الأنفس ص ٧٠ .

(٤) جملدة المقبوس ص ٣٦٧ ، بنية المقبوس ص ٤٧٤ .

❁ وقال الإمام الذهبي عنه :

" وليس لأهل المغرب أحفظ منه مع الثقة والدين ، والنزاهة ،
والتبحر في الفقه ، والعربية ، والأخبار " ، وقال : " لقد كان ابن
عبدالبر من بحور العلم واشتهر فضله في الأقطار " (١).

❁ وقال عنه ابن فرحون :

" ابن عبدالبر النمري الحافظ شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها
في وقته ؛ وأحفظ من كان فيها لسنة ماثورة " (٢) .

❁ وقال السيوطي :

" ساد ابن عبدالبر أهل الزمان بالحفظ والانتقان وبلغ رتبة الأئمة
المجتهدين " (٣) .

(١) العبر في خبر مَنْ غير جـ ٣ ص ٢٥٥ ، شذرات الذهب لابن العماد جـ ٣ ص ٣٦٤ .

(٢) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون ص ٣٥٧ .

(٣) ابن عبدالبر وأثره في الحديث والفقه ص ٥٢ .

(٩) وفاته :

اختلف العلماء في وفاة ابن عبد البر فقد ذكر الحميدي ، والضبي أنه توفي سنة ٤٦٠ هـ ^(١) واتفق باقي المترجمين لابن عبد البر أنه توفي سنة ٤٦٣ هـ والذي نرجحه هو الثاني ٤٦٣ هـ وذلك لأن :

(١) لم يذكر تاريخ الوفاة بأنه ٤٦٠ هـ سوى الحميدي ، والضبي ينقل عنه .

(٢) أنه توفي هو والخطيب البغدادي في يوم واحد ، والخطيب توفي ٤٦٣ هـ ^(٢) .

(٣) أن ابن شكوال ذكر أنه توفي في آخر ربيع الآخر ، ودفن يوم الجمعة لصلاة العصر من سنة ثلاث وستين وأربع مائة ، وصلى عليه صاحبنا أبو الحسن طاهر بن مفوز المعافري ^(٣) وروايته أضبط ؛ لأنها اشتملت على اليوم ، والوقت الذي مات ودفن فيه .

١٠ . جدول القتر ص ٣٦٩ ، غية المنتصر ص ٤٧٤ .

(٢) الديبج المذهب ص ٣٥٨

٣٠ . سنة القسمة التي ص ٦٧٧ . الديبج المذهب ص ٣٥٩ . شذرات الذهب ج ٣ ص ٣١٤ . المعراج ج ٣

ص ٣٥٥ ، سير أعلام النبلاء ج ١٣ ص ٥٢٤ ، معجم المؤلفين . عمر رصاص حالة ج ٤ ص ١٧٠ .

﴿ الباب الأول ﴾

دعاوى الإجماع عند ابن عبد البر

(١) تمهيد .

(٢) الفصل الأول : البيوع والمعاملات المدنية .

(٣) الفصل الثاني : الحدود .

(٤) الفصل الثالث : القصاص والديات .

"تمهيد"

(١) من الشروط اللازم تحققها فيمن يريد الاجتهاد في الدين العلم بمواضع الإجماع والخلاف ليكون على بينة منها فلا يخالف في المسائل التي يتصدى لبحثها ولا يجتهد في موطن للإجماع ، أو يذكر إجماعاً في مسألة خلافية لا تزال محل بحث ونظر .

(٢) قدّر لابن عبد البر أن يجئ إلى الحياة في أشد لحظات الأندلس قساوة ومأساة وحسماً ، فقد شهد شمس الخلافة تتحدر نحو المغيب ، وقاوم ما استطاع لكي يبقى عليها ورأها تتناثر قطعاً وتقوم على أنقاضها دويلات صغيرة يحكمها أمراء صغار ، سوف يدخلون التاريخ تحت اسم ملوك الطوائف ، وعاصر فوضى هؤلاء الملوك وصغارهم ، ورأى دولهم تتحرر في بطن وتسرع نحو الهاوية في بلاده (١) .

(٣) وعلى الرغم من وجود حركة علمية نشطة في هذه الفترة فقد جمد الفقهاء عند حدود معينة لا يتجاوزونها بل أصبحت قرطبة موطن المذهب المالكي وأصبح الاتجاه الغالب فيها ، تبنته الدولة وعليه الفتوى ، وأغلقت أبوابها في وجه المذاهب الفقهية الأخرى ، وأعرض علماءه عن النظر إلى غير المالكية من المذاهب ، واعتبروا معرفتها أمراً لا جدوى فيه ووقفوا بالفقه المالكي عندما أورده مالك وكبار تلاميذه وأصحابه من بعده يدورون حوله دون أن يتقدموا به خطوة ، ولم يتيحوا لأنفسهم حرية الدرس ، أو الاجتهاد إلا في حالات نادرة حين يضطرمون ، بما هو شائع ويصعب تغييره ، فيجدون لهم مبدوحة في باب العرف والعادة ، وهما من روافد التشريع عند المالكية (٢) ومن استعراض تاريخ الفقه المالكي وانتشاره في الأندلس . يتضح أن الأندلسيين عكفوا على مدونة سحنون (٣) عدة قرون ، ولم

(١) الصلة لابن شكروال القسم الثاني ص ٦٧٧ . بغية الملتزم للضي ص ٤٧٤ . مجلة دار الحديث حبيب العدد ١١ سنة ١٤١٤ هـ . ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) انظر مدخل إلى أصول الفقه المالكي ، د/محمد المختار ولد أباه ص ١٧ وما بعدها . ط الدار العربية للكتاب .

٣ . د/عبد السلام بن سعيد التبوخي . توفي ٢٠٤ هـ .

بضنفوا الى تراث الفقه المالكي شيئاً جديداً لانشغالهم بوضع شروح ،
وتفاسير للمدونة ، كأنهم حرّموا على أنفسهم وضع كتب جديدة في
الفقه ، وغالوا في احترامها مغالاة شديدة ، قال ابن رشد الجدل :
رحل سحنون إلى ابن القاسم فكان مما قرأ عليه مسائل المدونة ،
والمختلطة ، ودونها فحملت أصل علم المالكيين وهي مقدمة على
غيرها من الدواوين بعد موطأ مالك ، ولا يوجد بعد الموطأ ديوان في
الفقه أفيد من المدونة ، وهي عند أهل الفقه ككتاب سييويه عند أهل
النحو وككتاب أقليدس عند أهل الحساب ، وموضعها في الفقه موضع
أم القرآن من الصلاة تجزئ عن غيرها ، ولا تجزئ غيرها عنها^(١).

وهذه مبالغة شديدة من أكبر فقيه في عصر المرابطين ، فما بال
الفهاء الذين عاشوا في عصر ابن عبد البر وقبله ؟ !

فقد أداروا حركة الفقه حول المدونة ، والواضحة ، وحفظ فروع
مذهب الإمام مالك لكن كان ابن عبد البر كان أول محدث وفقيه أندلسي
عارض هذا النوع من الجمود ، فقام بدعوى التجديد ، والاجتهاد ،
ولعل كتابه جامع بيان العلم وفضله أكبر شاهد ودليل على ذلك وقد
عقد فيه فصلاً كثيرة ذم التقليد وقبحه ، وبيان فساد التقليد^(٢) .

(٤) وقد اتخذ ابن عبد البر لذلك عدة خطوات :

(أ) أنه ألف كتاباً مستوعباً في فقه الحديث ، وهو كتاب التمهيد حيث
عرض فيه بالشرح والبيان الموطأ ، وقد استغرق في تأليفه ثلاثين
عاماً يزيد فيه وينقح حتى قال عنه الحافظ أبو محمد بن حزم : " إنه
كتاب لا أعلم في الكلام على فقه الحديث مثله أصلاً فكيف أحسن
منه"^(٣) .

وقد اقتصر فيه على ما ورد عن الرسول ﷺ من الحديث
متصلاً ، أو منقطعاً ، أو موقوفاً ، أو مرسلأ دون ما في الموطأ من

(١) انظر جـ ١ ص ٤٢ من المدونة الكبرى ، وانظر البحث الفقهي ص ١٣٠ .

(٢) انظر جامع بيان العلم جـ ٢ ص ١٠٩ وما بعدها ، التمهيد جـ ١ - المقدمة ، الاستذكار جـ ١ ص ١٢٩ .

(٣) نفح الطيب جـ ٧٦٧ ، انظر التمهيد جـ ١ ص ٧ .

الآراء، والآثار وهو كتاب فريد في بابه وموسوعة شاملة في فقهه والحديث ، ونموذج فذ في أسلوبه ، ومنهجه .

(ب) صنف كتاباً في فقه الخلاف كان أساساً لعلماء المالكية من بعده أمثال ابن رشد أو القرطبي والخطاب وغيرهم .

ويكفي أن ننقل كلمة ابن رشد في كتابه : " بداية المجتهد " حيث قال في نهاية كتاب الطهارة :

" وأكثر ما عولت فيما نقلت من نسبة هذه المذاهب إلى أربابها هو كتاب الاستذكار " (١) .

وكذا الإمام القرطبي فقد اعتمد عليه اعتماداً كبيراً في تفسيره بل لا تكاد تخلوا صفحة من ذكر ابن عبد البر ، أو النقل عنه ، وكتابته الاستذكار بالفعل - يعتبر منارة جديدة لكل من يرغب عن التقايد ، ويتطلع إلى الاجتهاد ووحدة المسلمين ، وهو الهدف الأسمى الذي كان يسعى ابن عبد البر إلى تحقيقه بعيداً عن الجمود من ناحية ، وصونهم عن الخلافات من ناحية أخرى وذلك في النطاق الذي بينه وصنف كتابه الاستذكار على أساسه فاسمه بالكامل : " الاستذكار الجامع لمذاهب الفقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ، وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار " .

فهو كتاب فقه من نوع جديد ، لأن ابن عبد البر سلك فيه منهجاً ند سبقه فيه أحد . فقد عرض الفقه الإسلامي على نسق خاص مستفيداً في عرضه هذا من أحسن المزايا في مناهج الفقهاء ، والمحدثين وأبدع في هذا الأسلوب ، وابتكر من هذا النوع من التأليف ، وإجمالاً فإنه يختص بخصيصة ثابتة أن الأحاديث فيه مسنده فهو لا يخرج في كتابه حديثاً، أو أثراً أو قولاً أو حكاية إلا بالإسناد ، وشرط أن يكون قد تلقاه بمسند شرعية وفق طرق التحمل المعروفة ، وقد اعتنى بالمتن عناية فائقة بالنسبة للكشف عن اختلافات ألفاظ المتن المتشابهة ، وشرح غريبها ، والتنبيه على عللها . واضطرابها ، وبيان معانيها ، وما يستنبط منها ويسفاد ، وما اشتملت عليه من لطائف ، وإشارات .

(١) بداية المجتهد - ص ٨٨ ، وانظر البحث السابع من هذه الدراسة نقطة (د) .

(٥) بالإضافة إلى أن أحاديث الموطأ لا تصل إلى ألفي حديث فإن الاستذكار استوعب ما يزيد على ستين ألف حديث (٦٠,٠٠٠) (١) شملت كل أحاديث السنة ، والأحكام ، والفقه ، واقتصر في إيرادهما على ما يصح ونبه على الأدنى ، واستعمل هذه الثروة الحديثية الضخمة في تقنين الفقه الإسلامي ، وترجيح ما يراه بالدليل بتقديم النص - متصفاً بالورع في اجتهاده - والوصول في كل مسألة بعد استعراض أقوال علماء الأقطار ، وفقهاء الأمصار إلى قول واحد فقط - مجمع عليه - لتجتمع عليه الأمة ، وينهض عليه بناء الفقه الإسلامي وتُحل كل مشكلة طارئة وذلك عن طريق عرضها على ما هو مجمع عليه ليرى فيها الحكم الشرعي السليم ، ولعل هذا هو الذي جعل ابن عبد البر يتوسع كثيراً في مسائل الإجماع ، وحكايته له من أجل هذا الهدف الأسمى الذي أوضحناه آنفاً .

فلا تكاد تخلو مسألة من حكاية إجماع عام فيها - وقد يكون هذا هو رأي الجمهور ، وليست محلاً للإجماع - لكن ابن عبد البر كان يقصد إلى جمع كلمة المسلمين ، وتوحيد صفوفهم وذلك عن طريق :-

(أ) نقل كثير من مسائل الظن إلى القطعية وذلك عن طريق نقل الإجماع فيها والتوسع في ذلك بالصورة التي شرحناها في المبحث السابع .

وذلك لأن للإجماع أهمية كبيرة جداً في الشريعة الإسلامية في نقل الدين جيلاً بعد جيل حتى لا يتصور أن أحداً يعرف يتوضأ أو يصلي أو يجح أو يصوم إذا أنكر الإجماع بالكلية ، فإن إنكار الإجماع هدم للدين ، فهو ضابط لهوية دين الإسلام ، حيث يحول الظني في ثبوته أو دلالاته إلى قطعي فيخرج بذلك من مجال الاجتهاد، ويحافظ على ما اتفق عليه المسلمون من الثوابت التي لا تختلف باختلاف الزمان أو المكان أو الأحوال أو الأشخاص .

(ب) حل كثير من مسائل الخلاف ، وبيان وجه الإجماع فيها لتكون أساساً ثابتاً لنقل مسائل الخلاف الأخرى ، وبيان مآخذها خاصة أنه قد

(١) انظر الاستذكار ج ١ المقدمة ص ١٢٠ وما بعدها .

ولد ونشأ في فترة كثر فيها الخلاف ، وتشعبت فيها الآراء ، واختلفت الأهواء ، ذلك لأن الإجماع كاشف عن الأحكام غير منشى لها .

وقد نجح ابن عبدالبر في ذلك نجاحاً كبيراً حيث صارت كتبه وإجماعاته محل نظر ، وعناية العلماء عبر القرون لا في المذهب المالكي فحسب ، بل المذاهب الفقهية الأخرى ، وإن كان لنا بعض التحفظات على هذه الإجماعات إلا أن هذا لا يقلل إطلاقاً من مكانة ابن عبدالبر ، ومن نقولاته للإجماع ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة ومدى كشفها عن هذه الإجماعات في مجالات هي أخصب ما في الفقه الإسلامي حيوية ، وحركة ، وتجديداً وهي مجالات الحدود، والجنايات ، والمعاملات المالية.

فكان له أكبر الأثر فيمن جاء بعده من فقهاء المالكية وغيرهم كما سبق .

(ج) الخطوة الثالثة أنه الف كتاباً مستقلاً في فروع فقه المالكية هو كتاب "الكافي في فقه أهل المدينة" وكأنه بهذا يضع أساساً لعلماء المذهب المالكي يعتمدون عليه في فتواهم ، وفي القضاء ، بل وفي التأليف أيضاً ، وقد نجح في ذلك كله أيما نجاح .

(د) قد اعتمد على بعض الاستدلالات التي لم تكن ذاتة في عصره ، ولا قبله من علماء المالكية ، وجعل ذلك أساساً يبنى عليه فقهه لكثير من الآراء والمسائل .

فهناك مسائل كثيرة لم يمل فيها ابن عبد البر إلى أقوال مالك ، أو الشافعي ، أو غيرهما لأن الأدلة التي استدلوأ بها في هذه المسائل لا تكفي في نظره للأخذ بأقوالهم ، ولذا نراه يتركهم ، ويذهب مذهب غيرهم مثل: أبي حنيفة والإمام أحمد " ففي الاستذكار مثلاً ج ٥ : ٦٧٤٤ يقول الفرائض لا تثبت إلا بيقين ، وكررها كثيراً جداً ، وفي ج ٢ : ١٧٥٨٧ يقول : " لا تترك السنن بالظن أو الوهم فعنده لا بد من اليقين ولا بد من الحقيقة ، والآثار إذا تعارضت سقطت الاستذكار ج ٢ : ٢٩٣٧٩ وكانت الحجة في عموم ظاهر القرآن ... إلخ " (١) .

(١) راجع جامع بيان العلم ج ٢ ص ١١٠ ، الاستذكار ج ٨ ص ١٠٩ .

وخالف المالكية في أن الوسطى هي العصر كما خالف مالكاً في تفضيله المدينة على مكة الاستذكار جـ ٧/١٠٢٢٩ ، ١٠٢٥٦ وفي جـ ١٤ : فقرة ١٩٧٦٣ قال : وأما قول مالك أنه لم يبلغه أن رسول الله ﷺ قال : " من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين ، فقد بلغ غيره من ذلك ما لم يبلغه ، وقد نفل رسول الله ﷺ وبدر وغيرها " ، وقد سبق التتبيه على ذلك .

كل ذلك كان محور تفكير ابن عبد البر ، وأراد أن يدعم ذلك كله بحكايته الإجماع على عيون مسائل الفقه ، وكان لذلك أثر كبير في تطور حركة الفقه الإسلامي بعده ، خاصة عند علماء المالكية ^(١) ، والله أعلم .

(١) انظر الاستذكار جـ ١ ص ١٣١ ، وما بعدها ، مجلة دار الحديث الحسنية العدد ١١ ص ٢٥٧ ، وما بعدها .

" الفصل الأول "

البيع والمعاملات المدنية

" ١ - حكم البيع الفاسد "

قال أبو عمر تعليقاً على قول عثمان البتي ^(١) : " لا بأس ببيع العبد الأبق ، والبعير الشارد ، وإن هلك فهو من مال المشتري " .

قال أبو عمر : قول عثمان مردود بنهي رسول ﷺ عن بيع الغرر و لا حجة لأحد في جهل السنة ، ولا في خلافها ، وقد أجمع علماء المسلمين أن مبيع العبد الأبق ، والجمل الشارد ، وإن اشترط عليه البائع أنه لا يرد الثمن الذي قبضه منه قدر على العبد ، أو لم يقدر ، أو الجمل أن البيع فاسد مردود ^(٢) .

وقال ص ١٩١ : (قال مالك : " فأما إن بيع رجل من رجل سلعة ببت بيعها ، ثم يندم المشتري فيقول للبائع ضع عني فيأتي البائع ويقول ، بع فلا نقصان عليك فهذا لا بأس به ؛ لأنه ليس من المخاطرة . وإنما هو شيء وضعه له ، وليس على ذلك عقداً ببيعهما ، وذلك الذي عليه الأمر عندنا ") .

قال أبو عمر : " هذا البيع لا أعلم خلافاً في أنه لا يجوز فيه ، لأن الثمن فيه مجهول الشرط البائع للمبتاع أنه ما خسر فيه ، وانحط عن ثمنه فهو ضامن له ، وذلك في عقد صفقته فهو بيع فاسد ، لأنه يؤول إلى ثمن مجهول " ^(٣) .

نجد أن العلماء حكموا على أفعال العبد بأحكام معينة فالصحة هي حكم شرعي ينطبق على أفعال المكلفين إذا جاءت على الوجه الشرعي المطلوب مستوفية أركانها ، وشروطها ، والصحة يترتب عليها آثارها الشرعية .

(١) هو عثمان بن مسلم البتي ، بفتح الموحدة وتشديد المشاة ، أبو عمر البصري ، يقال اسم أبيه سليمان ، صدوق ، عابوا عليه الافتاء بالرأي من الخامسة توفي ٢٤٣ هـ ، انظر تقريب التهذيب ج ١ ص ٦٦٥ ط دار الكتب العلمية ، تحقيق مصطفى عبدالقادر عطا .

(٢) الاستذكار ج ٢٠ ص ١٨٥ وسيأتي بحث هذه المسألة في بيع الطعام قبل قبضه .

(٣) الاستذكار ج ٢٠ ص ١٩١ .

أما البطلان فهو حكم يقابل الصحة إن جئ بالفعل على غير الوجه المشروع ، ولم تترتب عليه الآثار الشرعية التي تترتب على الصحة ، فإذا استوفت الصلاة شروطها ، وأركانها كانت صحيحة ، وإذا لم تستوف ذلك كانت باطلة ، وكذلك العقود كعقد النكاح ، والبيع ، وغيره ، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الصحة لا يقابلها إلا البطلان في أمور العبادات إلا أنهم في المعاملات زادوا قسماً ثالثاً ، وهو الفاسد ، والبيع الفاسد منعقد عند الأحناف (١) .

فالمعاملات الصحيحة عندهم ما استوفت أركانها وشروطها فتترتب عليها كل آثارها كعقد البيع الصحيح تترتب عليه آثاره من حيث التملك للمشترى والتصرف في الملك بعد القبض ، وتصرف البائع في الثمن ، فإذا اختلفت أركان العقد وقع العقد باطلاً لا تترتب عليه آثاره كبيع الحر ، أو تزويجه بغير من عيّن لها ، أو سماها ، وغير ذلك (٢) .

فإذا اختلف وصف عارض في العقود ، والتصرفات ، ولم يقع الخلل في الأركان وصفت هذه العقود ، والتصرفات بأنها فاسدة ، وتترتب عليها بعض الآثار دون بعض كمن نذرت أن تصوم وهي حائض مع أنها منهية عن الصيام في الحيض ، لكنها لو صامت فإنه يعتد بصيامها مع الإثم إذ أدت النذر ووفت به ، لكنها عصت ؛ لأنه نذر معصية ونذر المعصية عند جمهور الفقهاء لا يجوز الوفاء به أصلاً ، ولا ينعقد ، ولا يلزمه الكفارة .

وإذا عُدّ زواج بلا شهود ، ولا إعلان ، فإنه عقد باطل عند الجمهور ، فاسد عند الأحناف يلزم الزوجان إلغائه ، وترتب عليه بعض آثاره ، كالمهر والعدة ، ثبوت النسب ، ولم يترتب عليه بعض آخر كالنفقة والتوارث (٣) .

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٢٣ وراجع البحث الفقهي ص ٨٦ ، ٨٧ .

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ / محمد الحصري ، البحث الفقهي ص ٨٦ . أصول التشريع الإسلامي للشيخ على حسب الله ص ٣٠٥ ، طبعة دار المعارف .

(٣) البحث الفقهي لأستاذنا الدكتور / إسماعيل سالم رحمه الله ص ٨٧ .

والحكمة من التفريق بين العبادات والمعاملات عند الأحناف :
"أن المقصود في العبادات التعبد وهو إنما يكون بالطاعة والامتثال ، فإذا
وقعت المخالفة فإت المقصود ، ولا وجه حينئذ للفرقة بين باطل .
وفاسد فلا تبرأ الذمة بصلاة فاسدة كما لا تبرأ بصلاة باطلة " .

أما المعاملات ، فالمقصود الأول فيها مصالح العباد الدنيوية ،
فلنفسح المجال إلى تحقيقها ما أمكن ، ولا نقول بإلغائها إلغاء تاماً إلا إذا
وصل الخلل إلى أركانها لانتفاء حقائقها الشرعية حينئذ^(١) .

وعلى كل فالبيع الفاسد منعقد عند الأحناف يقول الكاساني ، ت: ٥٨٧هـ " فإن البيع
الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وإن لم يكن صحيحاً"^(٢) .

وقال : " إن الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل
لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح " ^(٣) .

هذا رأي الأحناف أما الجمهور فقالوا بوجوب رد البيع الفاسد
وبطلانه ..

(أ) قال الصاوي : " ويرد السلعة إن كانت قائمة ، فإن فاتت ولو بحوالة
سوق رد قيمتها إن كانت مقومة ومثلها إن كانت مثلية " ^(٤) .

(ب) قال محمد الزهري الغمراوي : في شرحه على المنهاج باب البيوع
المنهي عنها وهي قسمان : فاسد وغير فاسد ^(٥) وحكم بأن البيع
الفاسد باطل.

(ج) قال ابن قدامة : أثناء شرحه لعبارة الخراقي ، وبيع العصير لمن
يتخذه خمراً باطل .

قال : " ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع
درهم بدرهمين " ^(٦) .

(١) أصول التشريع الإسلامي ص ٣٥٠ ، البحث الفقهي ص ٨٧ ، التمهيد للأسنوي ص ٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٠٤ .

(٤) بلغة السالك ج ٢ ص ٩٠ طبعة دار المعرفة .

(٥) السراج الوهاج ص ١٧٩ .

(٦) (١) (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠) (١٠١) (١٠٢) (١٠٣) (١٠٤) (١٠٥) (١٠٦) (١٠٧) (١٠٨) (١٠٩) (١١٠) (١١١) (١١٢) (١١٣) (١١٤) (١١٥) (١١٦) (١١٧) (١١٨) (١١٩) (١٢٠) (١٢١) (١٢٢) (١٢٣) (١٢٤) (١٢٥) (١٢٦) (١٢٧) (١٢٨) (١٢٩) (١٣٠) (١٣١) (١٣٢) (١٣٣) (١٣٤) (١٣٥) (١٣٦) (١٣٧) (١٣٨) (١٣٩) (١٤٠) (١٤١) (١٤٢) (١٤٣) (١٤٤) (١٤٥) (١٤٦) (١٤٧) (١٤٨) (١٤٩) (١٥٠) (١٥١) (١٥٢) (١٥٣) (١٥٤) (١٥٥) (١٥٦) (١٥٧) (١٥٨) (١٥٩) (١٦٠) (١٦١) (١٦٢) (١٦٣) (١٦٤) (١٦٥) (١٦٦) (١٦٧) (١٦٨) (١٦٩) (١٧٠) (١٧١) (١٧٢) (١٧٣) (١٧٤) (١٧٥) (١٧٦) (١٧٧) (١٧٨) (١٧٩) (١٨٠) (١٨١) (١٨٢) (١٨٣) (١٨٤) (١٨٥) (١٨٦) (١٨٧) (١٨٨) (١٨٩) (١٩٠) (١٩١) (١٩٢) (١٩٣) (١٩٤) (١٩٥) (١٩٦) (١٩٧) (١٩٨) (١٩٩) (٢٠٠) (٢٠١) (٢٠٢) (٢٠٣) (٢٠٤) (٢٠٥) (٢٠٦) (٢٠٧) (٢٠٨) (٢٠٩) (٢١٠) (٢١١) (٢١٢) (٢١٣) (٢١٤) (٢١٥) (٢١٦) (٢١٧) (٢١٨) (٢١٩) (٢٢٠) (٢٢١) (٢٢٢) (٢٢٣) (٢٢٤) (٢٢٥) (٢٢٦) (٢٢٧) (٢٢٨) (٢٢٩) (٢٣٠) (٢٣١) (٢٣٢) (٢٣٣) (٢٣٤) (٢٣٥) (٢٣٦) (٢٣٧) (٢٣٨) (٢٣٩) (٢٤٠) (٢٤١) (٢٤٢) (٢٤٣) (٢٤٤) (٢٤٥) (٢٤٦) (٢٤٧) (٢٤٨) (٢٤٩) (٢٥٠) (٢٥١) (٢٥٢) (٢٥٣) (٢٥٤) (٢٥٥) (٢٥٦) (٢٥٧) (٢٥٨) (٢٥٩) (٢٦٠) (٢٦١) (٢٦٢) (٢٦٣) (٢٦٤) (٢٦٥) (٢٦٦) (٢٦٧) (٢٦٨) (٢٦٩) (٢٧٠) (٢٧١) (٢٧٢) (٢٧٣) (٢٧٤) (٢٧٥) (٢٧٦) (٢٧٧) (٢٧٨) (٢٧٩) (٢٨٠) (٢٨١) (٢٨٢) (٢٨٣) (٢٨٤) (٢٨٥) (٢٨٦) (٢٨٧) (٢٨٨) (٢٨٩) (٢٩٠) (٢٩١) (٢٩٢) (٢٩٣) (٢٩٤) (٢٩٥) (٢٩٦) (٢٩٧) (٢٩٨) (٢٩٩) (٣٠٠) (٣٠١) (٣٠٢) (٣٠٣) (٣٠٤) (٣٠٥) (٣٠٦) (٣٠٧) (٣٠٨) (٣٠٩) (٣١٠) (٣١١) (٣١٢) (٣١٣) (٣١٤) (٣١٥) (٣١٦) (٣١٧) (٣١٨) (٣١٩) (٣٢٠) (٣٢١) (٣٢٢) (٣٢٣) (٣٢٤) (٣٢٥) (٣٢٦) (٣٢٧) (٣٢٨) (٣٢٩) (٣٣٠) (٣٣١) (٣٣٢) (٣٣٣) (٣٣٤) (٣٣٥) (٣٣٦) (٣٣٧) (٣٣٨) (٣٣٩) (٣٤٠) (٣٤١) (٣٤٢) (٣٤٣) (٣٤٤) (٣٤٥) (٣٤٦) (٣٤٧) (٣٤٨) (٣٤٩) (٣٥٠) (٣٥١) (٣٥٢) (٣٥٣) (٣٥٤) (٣٥٥) (٣٥٦) (٣٥٧) (٣٥٨) (٣٥٩) (٣٦٠) (٣٦١) (٣٦٢) (٣٦٣) (٣٦٤) (٣٦٥) (٣٦٦) (٣٦٧) (٣٦٨) (٣٦٩) (٣٧٠) (٣٧١) (٣٧٢) (٣٧٣) (٣٧٤) (٣٧٥) (٣٧٦) (٣٧٧) (٣٧٨) (٣٧٩) (٣٨٠) (٣٨١) (٣٨٢) (٣٨٣) (٣٨٤) (٣٨٥) (٣٨٦) (٣٨٧) (٣٨٨) (٣٨٩) (٣٩٠) (٣٩١) (٣٩٢) (٣٩٣) (٣٩٤) (٣٩٥) (٣٩٦) (٣٩٧) (٣٩٨) (٣٩٩) (٤٠٠) (٤٠١) (٤٠٢) (٤٠٣) (٤٠٤) (٤٠٥) (٤٠٦) (٤٠٧) (٤٠٨) (٤٠٩) (٤١٠) (٤١١) (٤١٢) (٤١٣) (٤١٤) (٤١٥) (٤١٦) (٤١٧) (٤١٨) (٤١٩) (٤٢٠) (٤٢١) (٤٢٢) (٤٢٣) (٤٢٤) (٤٢٥) (٤٢٦) (٤٢٧) (٤٢٨) (٤٢٩) (٤٣٠) (٤٣١) (٤٣٢) (٤٣٣) (٤٣٤) (٤٣٥) (٤٣٦) (٤٣٧) (٤٣٨) (٤٣٩) (٤٤٠) (٤٤١) (٤٤٢) (٤٤٣) (٤٤٤) (٤٤٥) (٤٤٦) (٤٤٧) (٤٤٨) (٤٤٩) (٤٥٠) (٤٥١) (٤٥٢) (٤٥٣) (٤٥٤) (٤٥٥) (٤٥٦) (٤٥٧) (٤٥٨) (٤٥٩) (٤٦٠) (٤٦١) (٤٦٢) (٤٦٣) (٤٦٤) (٤٦٥) (٤٦٦) (٤٦٧) (٤٦٨) (٤٦٩) (٤٧٠) (٤٧١) (٤٧٢) (٤٧٣) (٤٧٤) (٤٧٥) (٤٧٦) (٤٧٧) (٤٧٨) (٤٧٩) (٤٨٠) (٤٨١) (٤٨٢) (٤٨٣) (٤٨٤) (٤٨٥) (٤٨٦) (٤٨٧) (٤٨٨) (٤٨٩) (٤٩٠) (٤٩١) (٤٩٢) (٤٩٣) (٤٩٤) (٤٩٥) (٤٩٦) (٤٩٧) (٤٩٨) (٤٩٩) (٥٠٠) (٥٠١) (٥٠٢) (٥٠٣) (٥٠٤) (٥٠٥) (٥٠٦) (٥٠٧) (٥٠٨) (٥٠٩) (٥١٠) (٥١١) (٥١٢) (٥١٣) (٥١٤) (٥١٥) (٥١٦) (٥١٧) (٥١٨) (٥١٩) (٥٢٠) (٥٢١) (٥٢٢) (٥٢٣) (٥٢٤) (٥٢٥) (٥٢٦) (٥٢٧) (٥٢٨) (٥٢٩) (٥٣٠) (٥٣١) (٥٣٢) (٥٣٣) (٥٣٤) (٥٣٥) (٥٣٦) (٥٣٧) (٥٣٨) (٥٣٩) (٥٤٠) (٥٤١) (٥٤٢) (٥٤٣) (٥٤٤) (٥٤٥) (٥٤٦) (٥٤٧) (٥٤٨) (٥٤٩) (٥٥٠) (٥٥١) (٥٥٢) (٥٥٣) (٥٥٤) (٥٥٥) (٥٥٦) (٥٥٧) (٥٥٨) (٥٥٩) (٥٦٠) (٥٦١) (٥٦٢) (٥٦٣) (٥٦٤) (٥٦٥) (٥٦٦) (٥٦٧) (٥٦٨) (٥٦٩) (٥٧٠) (٥٧١) (٥٧٢) (٥٧٣) (٥٧٤) (٥٧٥) (٥٧٦) (٥٧٧) (٥٧٨) (٥٧٩) (٥٨٠) (٥٨١) (٥٨٢) (٥٨٣) (٥٨٤) (٥٨٥) (٥٨٦) (٥٨٧) (٥٨٨) (٥٨٩) (٥٩٠) (٥٩١) (٥٩٢) (٥٩٣) (٥٩٤) (٥٩٥) (٥٩٦) (٥٩٧) (٥٩٨) (٥٩٩) (٦٠٠) (٦٠١) (٦٠٢) (٦٠٣) (٦٠٤) (٦٠٥) (٦٠٦) (٦٠٧) (٦٠٨) (٦٠٩) (٦١٠) (٦١١) (٦١٢) (٦١٣) (٦١٤) (٦١٥) (٦١٦) (٦١٧) (٦١٨) (٦١٩) (٦٢٠) (٦٢١) (٦٢٢) (٦٢٣) (٦٢٤) (٦٢٥) (٦٢٦) (٦٢٧) (٦٢٨) (٦٢٩) (٦٣٠) (٦٣١) (٦٣٢) (٦٣٣) (٦٣٤) (٦٣٥) (٦٣٦) (٦٣٧) (٦٣٨) (٦٣٩) (٦٤٠) (٦٤١) (٦٤٢) (٦٤٣) (٦٤٤) (٦٤٥) (٦٤٦) (٦٤٧) (٦٤٨) (٦٤٩) (٦٥٠) (٦٥١) (٦٥٢) (٦٥٣) (٦٥٤) (٦٥٥) (٦٥٦) (٦٥٧) (٦٥٨) (٦٥٩) (٦٦٠) (٦٦١) (٦٦٢) (٦٦٣) (٦٦٤) (٦٦٥) (٦٦٦) (٦٦٧) (٦٦٨) (٦٦٩) (٦٧٠) (٦٧١) (٦٧٢) (٦٧٣) (٦٧٤) (٦٧٥) (٦٧٦) (٦٧٧) (٦٧٨) (٦٧٩) (٦٨٠) (٦٨١) (٦٨٢) (٦٨٣) (٦٨٤) (٦٨٥) (٦٨٦) (٦٨٧) (٦٨٨) (٦٨٩) (٦٩٠) (٦٩١) (٦٩٢) (٦٩٣) (٦٩٤) (٦٩٥) (٦٩٦) (٦٩٧) (٦٩٨) (٦٩٩) (٧٠٠) (٧٠١) (٧٠٢) (٧٠٣) (٧٠٤) (٧٠٥) (٧٠٦) (٧٠٧) (٧٠٨) (٧٠٩) (٧١٠) (٧١١) (٧١٢) (٧١٣) (٧١٤) (٧١٥) (٧١٦) (٧١٧) (٧١٨) (٧١٩) (٧٢٠) (٧٢١) (٧٢٢) (٧٢٣) (٧٢٤) (٧٢٥) (٧٢٦) (٧٢٧) (٧٢٨) (٧٢٩) (٧٣٠) (٧٣١) (٧٣٢) (٧٣٣) (٧٣٤) (٧٣٥) (٧٣٦) (٧٣٧) (٧٣٨) (٧٣٩) (٧٤٠) (٧٤١) (٧٤٢) (٧٤٣) (٧٤٤) (٧٤٥) (٧٤٦) (٧٤٧) (٧٤٨) (٧٤٩) (٧٥٠) (٧٥١) (٧٥٢) (٧٥٣) (٧٥٤) (٧٥٥) (٧٥٦) (٧٥٧) (٧٥٨) (٧٥٩) (٧٦٠) (٧٦١) (٧٦٢) (٧٦٣) (٧٦٤) (٧٦٥) (٧٦٦) (٧٦٧) (٧٦٨) (٧٦٩) (٧٧٠) (٧٧١) (٧٧٢) (٧٧٣) (٧٧٤) (٧٧٥) (٧٧٦) (٧٧٧) (٧٧٨) (٧٧٩) (٧٨٠) (٧٨١) (٧٨٢) (٧٨٣) (٧٨٤) (٧٨٥) (٧٨٦) (٧٨٧) (٧٨٨) (٧٨٩) (٧٩٠) (٧٩١) (٧٩٢) (٧٩٣) (٧٩٤) (٧٩٥) (٧٩٦) (٧٩٧) (٧٩٨) (٧٩٩) (٨٠٠) (٨٠١) (٨٠٢) (٨٠٣) (٨٠٤) (٨٠٥) (٨٠٦) (٨٠٧) (٨٠٨) (٨٠٩) (٨١٠) (٨١١) (٨١٢) (٨١٣) (٨١٤) (٨١٥) (٨١٦) (٨١٧) (٨١٨) (٨١٩) (٨٢٠) (٨٢١) (٨٢٢) (٨٢٣) (٨٢٤) (٨٢٥) (٨٢٦) (٨٢٧) (٨٢٨) (٨٢٩) (٨٣٠) (٨٣١) (٨٣٢) (٨٣٣) (٨٣٤) (٨٣٥) (٨٣٦) (٨٣٧) (٨٣٨) (٨٣٩) (٨٤٠) (٨٤١) (٨٤٢) (٨٤٣) (٨٤٤) (٨٤٥) (٨٤٦) (٨٤٧) (٨٤٨) (٨٤٩) (٨٥٠) (٨٥١) (٨٥٢) (٨٥٣) (٨٥٤) (٨٥٥) (٨٥٦) (٨٥٧) (٨٥٨) (٨٥٩) (٨٦٠) (٨٦١) (٨٦٢) (٨٦٣) (٨٦٤) (٨٦٥) (٨٦٦) (٨٦٧) (٨٦٨) (٨٦٩) (٨٧٠) (٨٧١) (٨٧٢) (٨٧٣) (٨٧٤) (٨٧٥) (٨٧٦) (٨٧٧) (٨٧٨) (٨٧٩) (٨٨٠) (٨٨١) (٨٨٢) (٨٨٣) (٨٨٤) (٨٨٥) (٨٨٦) (٨٨٧) (٨٨٨) (٨٨٩) (٨٩٠) (٨٩١) (٨٩٢) (٨٩٣) (٨٩٤) (٨٩٥) (٨٩٦) (٨٩٧) (٨٩٨) (٨٩٩) (٩٠٠) (٩٠١) (٩٠٢) (٩٠٣) (٩٠٤) (٩٠٥) (٩٠٦) (٩٠٧) (٩٠٨) (٩٠٩) (٩١٠) (٩١١) (٩١٢) (٩١٣) (٩١٤) (٩١٥) (٩١٦) (٩١٧) (٩١٨) (٩١٩) (٩٢٠) (٩٢١) (٩٢٢) (٩٢٣) (٩٢٤) (٩٢٥) (٩٢٦) (٩٢٧) (٩٢٨) (٩٢٩) (٩٣٠) (٩٣١) (٩٣٢) (٩٣٣) (٩٣٤) (٩٣٥) (٩٣٦) (٩٣٧) (٩٣٨) (٩٣٩) (٩٤٠) (٩٤١) (٩٤٢) (٩٤٣) (٩٤٤) (٩٤٥) (٩٤٦) (٩٤٧) (٩٤٨) (٩٤٩) (٩٥٠) (٩٥١) (٩٥٢) (٩٥٣) (٩٥٤) (٩٥٥) (٩٥٦) (٩٥٧) (٩٥٨) (٩٥٩) (٩٦٠) (٩٦١) (٩٦٢) (٩٦٣) (٩٦٤) (٩٦٥) (٩٦٦) (٩٦٧) (٩٦٨) (٩٦٩) (٩٧٠) (٩٧١) (٩٧٢) (٩٧٣) (٩٧٤) (٩٧٥) (٩٧٦) (٩٧٧) (٩٧٨) (٩٧٩) (٩٨٠) (٩٨١) (٩٨٢) (٩٨٣) (٩٨٤) (٩٨٥) (٩٨٦) (٩٨٧) (٩٨٨) (٩٨٩) (٩٩٠) (٩٩١) (٩٩٢) (٩٩٣) (٩٩٤) (٩٩٥) (٩٩٦) (٩٩٧) (٩٩٨) (٩٩٩) (١٠٠٠) (١٠٠١) (١٠٠٢) (١٠٠٣) (١٠٠٤) (١٠٠٥) (١٠٠٦) (١٠٠٧) (١٠٠٨) (١٠٠٩) (١٠١٠) (١٠١١) (١٠١٢) (١٠١٣) (١٠١٤) (١٠١٥) (١٠١٦) (١٠١٧) (١٠١٨) (١٠١٩) (١٠٢٠) (١٠٢١) (١٠٢٢) (١٠٢٣) (١٠٢٤) (١٠٢٥) (١٠٢٦) (١٠٢٧) (١٠٢٨) (١٠٢٩) (١٠٣٠) (١٠٣١) (١٠٣٢) (١٠٣٣) (١٠٣٤) (١٠٣٥) (١٠٣٦) (١٠٣٧) (١٠٣٨) (١٠٣٩) (١٠٤٠) (١٠٤١) (١٠٤٢) (١٠٤٣) (١٠٤٤) (١٠٤٥) (١٠٤٦) (١٠٤٧) (١٠٤٨) (١٠٤٩) (١٠٥٠) (١٠٥١) (١٠٥٢) (١٠٥٣) (١٠٥٤) (١٠٥٥) (١٠٥٦) (١٠٥٧) (١٠٥٨) (١٠٥٩) (١٠٦٠) (١٠٦١) (١٠٦٢) (١٠٦٣) (١٠٦٤) (١٠٦٥) (١٠٦٦) (١٠٦٧) (١٠٦٨) (١٠٦٩) (١٠٧٠) (١٠٧١) (١٠٧٢) (١٠٧٣) (١٠٧٤) (١٠٧٥) (١٠٧٦) (١٠٧٧) (١٠٧٨) (١٠٧٩) (١٠٨٠) (١٠٨١) (١٠٨٢) (١٠٨٣) (١٠٨٤) (١٠٨٥) (١٠٨٦) (١٠٨٧) (١٠٨٨) (١٠٨٩) (١٠٩٠) (١٠٩١) (١٠٩٢) (١٠٩٣) (١٠٩٤) (١٠٩٥) (١٠٩٦) (١٠٩٧) (١٠٩٨) (١٠٩٩) (١١٠٠) (١١٠١) (١١٠٢) (١١٠٣) (١١٠٤) (١١٠٥) (١١٠٦) (١١٠٧) (١١٠٨) (١١٠٩) (١١١٠) (١١١١) (١١١٢) (١١١٣) (١١١٤) (١١١٥) (١١١٦) (١١١٧) (١١١٨) (١١١٩) (١١٢٠) (١١٢١) (١١٢٢) (١١٢٣) (١١٢٤) (١١٢٥) (١١٢٦) (١١٢٧) (١١٢٨) (١١٢٩) (١١٣٠) (١١٣١) (١١٣٢) (١١٣٣) (١١٣٤) (١١٣٥) (١١٣٦) (١١٣٧) (١١٣٨) (١١٣٩) (١١٤٠) (١١٤١) (١١٤٢) (١١٤٣) (١١٤٤) (١١٤٥) (١١٤٦) (١١٤٧) (١١٤٨) (١١٤٩) (١١٥٠) (١١٥١) (١١٥٢) (١١٥٣) (١١٥٤) (١١٥٥) (١١٥٦) (١١٥٧) (١١٥٨) (١١٥٩) (١١٦٠) (١١٦١) (١١٦٢) (١١٦٣) (١١٦٤) (١١٦٥) (١١٦٦) (١١٦٧) (١١٦٨) (١١٦٩) (١١٧٠) (١١٧١) (١١٧٢) (١١٧٣) (١١٧٤) (١١٧٥) (١١٧٦) (١١٧٧) (١١٧٨) (١١٧٩) (١١٨٠) (١١٨١) (١١٨٢) (١١٨٣) (١١٨٤) (١١٨٥) (١١٨٦) (١١٨٧) (١١٨٨) (١١٨٩) (١١٩٠) (١١٩١) (١١٩٢) (١١٩٣) (١١٩٤) (١١٩٥) (١١٩٦) (١١٩٧) (١١٩٨) (١١٩٩) (١٢٠٠) (١٢٠١) (١٢٠٢) (١٢٠٣) (١٢٠٤) (١٢٠٥) (١٢٠٦) (١٢٠٧) (١٢٠٨) (١٢٠٩) (١٢١٠) (١٢١١) (١٢١٢) (١٢١٣) (١٢١٤) (١٢١٥) (١٢١٦) (١٢١٧) (١٢١٨) (١٢١٩) (١٢٢٠) (١٢٢١) (١٢٢٢) (١٢٢٣) (١٢٢٤) (١٢٢٥) (١٢٢٦) (١٢٢٧) (١٢٢٨) (١٢٢٩) (١٢٣٠) (١٢٣١) (١٢٣٢) (١٢٣٣) (١٢٣٤) (١٢٣٥) (١٢٣٦) (١٢٣٧) (١٢٣٨) (١٢٣٩) (١٢٤٠) (١٢٤١) (١٢٤٢) (١٢٤٣) (١٢٤٤) (١٢٤٥) (١٢٤٦) (١٢٤٧) (١٢٤٨) (١٢٤٩) (١٢٥٠) (١٢٥١) (١٢٥٢) (١٢٥٣) (١٢٥٤) (١٢٥٥) (١٢٥٦) (١٢٥٧) (١٢٥٨) (١٢٥٩) (١٢٦٠) (١٢٦١) (١٢٦٢) (١٢٦٣) (١٢٦٤) (١٢٦٥) (١٢٦٦) (١٢٦٧) (١٢٦٨) (١٢٦٩) (١٢٧٠) (١٢٧١) (١٢٧٢) (١٢٧٣) (١٢٧٤) (١٢٧٥) (١٢٧٦) (١٢٧٧) (١٢٧٨) (١٢٧٩) (١٢٨٠) (١٢٨١) (١٢٨٢) (١٢٨٣) (١٢٨٤) (١٢٨٥) (١٢٨٦) (١٢٨٧) (١٢٨٨) (١٢٨٩) (١٢٩٠) (١٢٩١) (١٢٩٢) (١٢٩٣) (١٢٩٤) (١٢٩٥) (١٢٩٦) (١٢٩٧) (١٢٩٨) (١٢٩٩) (١٣٠٠) (١٣٠١) (١٣٠٢) (١٣٠٣) (١٣٠٤) (١٣٠٥) (١٣٠٦) (١٣٠٧) (١٣٠٨) (١٣٠٩) (١٣١٠) (١٣١١) (١٣١٢) (١٣١٣) (١٣١٤) (١٣١٥) (١٣١٦) (١٣١٧) (١٣١٨) (١٣١٩) (١٣٢٠) (١٣٢١) (١٣٢٢) (١٣٢٣) (١٣٢٤) (١٣٢٥) (١٣٢٦) (١٣٢٧) (١٣٢٨) (١٣٢٩) (١٣٣٠) (١٣٣١) (١٣٣٢) (١٣٣٣) (١٣٣٤) (١٣٣٥) (١٣٣٦) (١٣٣٧) (١٣٣٨) (١٣٣٩) (١٣٤٠) (١٣٤١) (١٣٤٢) (١٣٤٣) (١٣٤٤) (١٣٤٥) (١٣٤٦) (١٣٤٧)

(د) يقول ابن حزم : " وكل من باع بيعاً فاسداً فهو باطل ، ولا يملكه المشتري وهو باق على ملك البائع ، وهو مضمون على المشتري إن قبضه ضمان الغصب سواء بسواء " (١) .

وحجة الأحناف بالإضافة لما سبق بانعقاد البيع الفاسد عندهم أمران :-

(١) أن البيع ينعقد بقيمة المبيع ، أو بالمثل لا بالثمن المسمى ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ، لأن ذكر الثمن المرغوب كالخمر مثلاً ، أو إدخال شرط فاسد ، أو وجود جهالة في الثمن - وهو ما أكد عليه ابن عبد البر - ونحوها دليل على أن غرض المتعاقدين البيع ، فينعقد بيعاً بقيمة المبيع باعتبار أن القيمة هي الواجب الأصلي في المبيعات ، لأنها مثل المبيع في المالية ويكون المبيع بيعاً فاسداً مضموناً في يد المشتري يلزمه مثله إن كان مثلياً ، والقيمة إن كان قيمياً .

(٢) أن ركن البيع ، وهو مبادلة مال بمال صدر من أهله مضافاً إلى محله فيجب القول بانعقاده وإنما المحظور ليس لمعنى في ذات المنهي ، وإنما لما يجاور البيع كما في البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة ، فكان ذكر هذه الشروط لا يصح فالتحق ذكرها بالعدم أي فكانها لم تذكر (٢) .

ورأي الجمهور ببطلان البيع الفاسد هو الراجح ، لأنه يتمشى مع النصوص الشرعية التي جاءت ببيان المعاملات المالية غير الصحيحة ، ولم يفرق جمهور الأصوليين بين الباطل ، والفاسد بل جعلوهما قسماً واحداً، بجانب أن المحظور لا يكون طريقاً إلى الملك ، ولأن النهي عن المبيع الفاسد يقتضي عدم المشروعية وغير المشروع لا يفيد حكماً شرعياً (٣) . والله أعلم .

(٦) المغني ج٤ ص ١٥٥ .

(١) اغلبي ج٨ ص ٤١٢ .

(٢) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ط دار الفكر ج٦ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ ، المبسوط ج٣ ص ٢٣ .

(٣) النقد الإسلامي وأدلته ج٤ ص ٢٢١ .

"٢- تحريم الصرف ، أو ربا الفضل"

قال أبو عمر عمر عن باع فضة بفضة أكثر منها أخذ في المضروب زيادة على غير المضروب : " هو الربا المجتمع عليه ، لأنه لا يجوز مضروب على الفضة ومصوغها بتمرها ولا مضروب الذهب ومصوغه بتمره وعينه إلا وزناً بوزن عند جميع الفقهاء ^(١) .

وقال أثناء تحرير علة الأحناف في الربويات وكونها موزنة [وكل موزون عندهم من جنس واحد لا يجوز فيه التفاضل ، ولا النساء قياساً على ما أجمعت عليه الأمة من أن الذهب ، والورق لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما ، ولا النساء بعضه ببعض ... إلى أن قال فكل مكيل من جنس واحد تمر بتمر ، ولا يجوز فيه التفاضل ، ولا النساء ، وهو مجمع عليه] ^(٢) .

يقول ابن رشد : " أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلاً بمثل يداً بيد إلا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلاً ومنعوه نسيئة فقط " .

وإنما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن أسامة ابن زيد عن النبي ﷺ أنه قال : " لا ربا إلا في النسيئة " ، وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا في النسيئة ، وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل " الحديث وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب ^(٣) .

وهذا ويعد خلاف ابن عباس لجمهور الصحابة ، وجمهور الفقهاء من بعده في مسألة ربا الفضل ، وتمسكه بأنه لا ربا إلا في

(١) التمهيد ج ٢ ص ٢٤٦ .

(٢) التمهيد ج ٦ ص ٢٩٣ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٦ .

النسبينة أول خلاف وأقدمه في ربا البيوع كما يقول أسـتاذنا
الدكتور/إسماعيل سالم رحمه الله (١) .

وقد ذكر الفقهاء أن بعض الصحابة قالوا مقالة ابن عباس
كعبدالله بن عمر ، وزيد بن أرقم ، لكن المشهور من ذلك قول ابن
عباس كما يقول ابن قدامة (٢) .

فقد كان كما يقول القرطبي : " لا يرى الدرهم بالدرهمين
بأساً " (٣) ، ويقول ابن تيمية مدافعاً عن ابن عباس ومن تابعه " إن الذين
بلغهم قول النبي ﷺ : " إنما الربا في النسيئة " ، فاستحلوا بيع الصاعين
بالصاع يداً بيد مثل ابن عباس وأصحابه أبي الشعثاء ، وعطاء ،
طاوس ، وسعيد بن جبير ، وعكرمة وغيرهم من أعيان المكيين الذين هم
صفوة الأمة علماً ، وعملاً : " لا يحل لمسلم أن يعتقد أن أحداً منهم
بعينه أو من قلده بحيث يجوز تقليده تبليغه لعنة آكل الربا ؛ لأنهم فعلوا
ذلك متأولين تأويلاً سائغاً في الجملة " (٤) .

ويقول : والذين استحلوا الدرهم بالدرهمين من السلف أكثر ،
وأجل قدراً من هؤلاء فإن ابن عباس ، ومعاوية ، وغيرهما رخصوا في
الدرهم بالدرهمين ، وكانوا متأولين أن الربا لا يحرم إلا في النساء لا
في اليد باليد إلى أن قال : وليس لأحد أن يتبع زلات العلماء كما ليس له
أن يتكلم في أهل العلم ، والإيمان إلا بما هم له أهل ، فإن الله تعالى عفا
للمؤمنين عما أخطأوا " (٥) .

إنما المسألة ليست محل إجماع كما يقول ابن عبدالبر بل وُجد
فيها الخلاف وهو مشهور عن المكيين وكان أولى به أن يقول أجمع
الجمهور أو جمهور العلماء وهكذا ، هذا وقد قسم العلماء الربا إلى

(١) رخص ابن عباس ص ٢٩٠ .

(٢) المغني ج٤ ص ٢٥ وما بعدها .

(٣) تفسير القرطبي ص ١١٥٨ .

(٤) مجموع الفتاوى ج٢٠ ص ٢٦٣ .

(٥) الفتاوى ج٣٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

نوعين: ربا البيوع وربا الديون ، يقول ابن رشد : الربا يوجد في شيتين:

(١) في البيع .

(٢) وفيما تقرر في الذمة من بيع ، أو سلف ، فأما الذي في الذمة فهو صنفان .

أ - صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة ، وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظرني أزدك .

ب - والثاني ضع وتعجل ، وهو مختلف فيه .

❖ وأما الربا في البيع فهو صنفان أيضاً :

أ - نسيئة .

ب - وتفاضل إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره .

الربا في التفاضل لحديث : " لا ربا إلا في النسيئة " ^(١) ، وربي الفضل أي الزيادة ، وهو الربا الذي ثبت بالسنة ولذا يسمى ربا السنة ، أو ربا البيوع ، ويسميه ابن القيم وغيره " الربا الخفي " وعلماء المذاهب الأربعة السنية ، والظاهرية متفقون على تحريم ربا الفضل ، وإن اختلفوا في علته .

(١) يقول عبدالله بن محمود الموصلي ت : ٦٨٣ هـ :

" وعلته عندنا الكيل ، أو الوزن مع الجنس فإذا وجد حرم التفاضل والنساء وإذا عُدما حلا ، وإذا وجد أحدهما خاصة حل التفاضل، وحرم النساء " ^(٢) .

(٢) يقول الدردير :

" وعلة التحريم في ربا الفضل في الطعام اقتيات ، وادخار أي مجموع الأمرين " ، ثم قسم المطعومات إلى أنواع ثم قال : وهي أحناس يمنع التفاضل في الجنس الواحد ^(٣) .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، ١٩٦ ، رخص ابن عباس ص ٢٩٥ .

(٢) الاختيار جـ ٢ ص ٣٧ ، ٣٨ .

(٣) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٢ .

(٣) يقول النووي :

" إذا بيع الطعام بالطعام إن كان جنساً اشترط الحلول ، والمماثلة والتقابض مثل التفريق ، أو جنسين كحنطة ، أو شعير ، جاز التفاضل والطعام ما قصد للطعم اقتياتاً ، أو تفكهاً ، أو تدويماً " (١) .

(٤) يقول البهوتي :

" ويحرم ربا التفاضل في كل مكيل بيع بجنسه مطعوماً كان كالبر ، أو غيره كالأشنان وفي كل موزون مطعوماً كان كالسكر ، أو لا كالكتان .

(٥) وعند الظاهرية :

هو محرم لكنه خاص بالأصناف المذكورة في الحديث : " فلا ربا إلا في الأصناف المذكورة ، لأنه لم يذكر في النصوص الشرعية ، وغيرها فلا يجوز القياس عليها " (٢) .

والقول الجامع في هذه المسألة ما ذكره أستاذنا الدكتور / محمد البلتاجي ، وهو قول أبي عبدالله محمد بن عبد الوهاب ت ١٢٠٦ هـ .

١- " أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن ، والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالأرز ، والدخن ، والذرة ، والدهن " ، وهذا قول الأكثر .

٢- وما انعدم فيه ذلك فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، كالنوي والقنط .

٣- وما وجد فيه الطعم وحده ، أو الكيل ، والوزن من جنس واحد ففيه روايتان ، والأولى - إن شاء الله - حله إذ ليس فيه دليل موثوق به .

وهذا القول الأخير أفضل من القول باقتصار الحرمة في الأصناف الستة الواردة في الحديث والله أعلم (٣) .

(١) السراج الوهاج ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٦٨ .

(٣) الملكية الفردية ص ١٩٦ ، ١٩٧ بتصرف ، وراجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٩٦ .

٣- تحديد المساواة في بيع الربوي بالربوي

المضروب وغير المضروب

حكى ابن عبد البر في الإجماع : " على أن الربا يجري في الذهب والفضة المضروب وغير المضروب أي في المصوغ ، والتبر منهما دون الاقتصار على المضروب العين دراهم ، أو دنائير ، مع أن المشهور عن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه أن التفاضل لا يحرم إلا في المضروب من الذهب ، والفضة الدرهم ، دون التبر والمصنوع ، والغريب حقاً أن ابن عبد البر يعلم خلاف معاوية ، ويحكيه ومع ذلك عبر أكثر من مرة بلفظ الإجماع !! .

قال تعليقاً على حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ : " الذهب بالذهب وزناً بوزن مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة وزناً بوزن مثلاً بمثل" ^(١) ، ولا أعلم أحداً من العلماء حرم التفاضل في المضروب العين من الذهب ، والفضة الدرهم دون التبر والمصوغ منها إلا شيئاً جاء عن معاوية بن أبي سفيان روى عنه من وجوه ، وقد أجمعوا على خلافه ، فأغنى إجماعهم على ذلك عن الاستشهاد فيه بغيره ^(٢) .

وقال عن حديث عبادة ، وكتاب أبي بكر الصديق إلى عماله ألا يشتروا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل الحديث وعلى هذا مذهب الصحابة والتابعين وجماعة فقهاء المسلمين فلا وجه للإكثار فيه ^(٣) .

وقال : " والسنة المجتمع عليها أنه لا يباع شيء من الذهب عيناً كان ، أو تبراً ، أو مصوغاً ، أو نقراً ، أو جيداً ، أو رديئاً بشيء من الذهب إلا مثل بمثل يداً بيد ، وكذلك الفضة عينها ، ومصوغها ، وتبرها ، والسوداء منها والبيضاء ، والجيدة ، والرديئة سواء لا يباع

(١) رواه مسلم الباب ١٥ من المساقاة والباب ١٧ منه أيضاً في مسند الإمام أحمد جـ ٢ ص ٢٦٢ ، جـ ٦ ص ١٩٨ ، انظر سبل السلام جـ ٣ ص ٦٩ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٩١ .

(٢) التمهيد جـ ٢ ص ٢٤٢ .

(٣) التمهيد جـ ٤ ص ٨٣ .

بعضها ببعض إلا مثلاً بمثل يداً بيد ، من زاد ، أو نقص في شئ من ذلك كله ، أو أدخله نظرة فقد أكل الربا^(١) .

وقال : " الإجماع انعقد في آنية الذهب ، والفضة كالعين ، والتبر من الذهب ، وآنية الفضة كالتبر ، والعين من الفضة^(٢) .

والأصل في قصة معاوية ما رواه مسلم عن أبي قلابة قال كنت بالشام في حلقة فيها مسلم بن يسار ، فجاء أبو الأشعث قال ، قالوا : " أبو الأشعث . أبو الأشعث ؟ فجلس ، فقلت له حدث أخانا حديث عبادة بن الصامت ، قال : نعم غزونا غزاة ، وعلى الناس معاوية ، فغنمنا غنائم كثيرة ، فكان فيما غنمنا آنية من فضة فأمر معاوية رجلاً أن يبيعها في أعطيات الناس ، فتسارع الناس في ذلك ، فبلغ عبادة بن الصامت فقام ، فقال : إني سمعت رسول الله ﷺ : " ينهي عن الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح إلا سواءً بسواء ، عيناً بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى " ، فرد الناس ما أخذوا ، فبلغ ذلك معاوية فقام خطيباً فقال : " ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله ﷺ أحاديث قد كنا نشهده ، ونصحبه ، فلم نسمعها منه ؟ ! فقام عبادة فأعاد القصة ، ثم قال : لنحدثن بما سمعنا من رسول الله ﷺ : " وإن كره معاوية أو قال وإن رغم ، ما أبالي أن لا أصحابه في جنده في ليلة سوداء " ^(٣) .

وقد ذكر خلاف معاوية ابن رشد ، وذكر معه خلافاً لمالك ، وابن القاسم في رواية عنهما ، يقول : " وأجمع الجمهور على أن مسكوكة وتبره ومصوغه - أي الذهب والفضة - سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الأحاديث في ذلك إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر ، والمصوغ لكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيه أجره الضرب ، ويأخذ منهم دنائير ، ودراهم وزن ورقه أو دراهمه

(١) الكافي ص ٣٠٢ .

(٢) الاستدكار ج ٢٠ ص ١٦٥ ، موسوعة الإجماع ج ٢ ص ٤٦٥ .

(٣) صحيح مسلم ج ١١ ص ١٦ باب ١٥ من كتاب المساقاة .

فقال: " إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال أبو القاسم من أصحابه " (١) .

وذكر خلفه كذلك سعدى أبو حبيب في موسوعة الإجماع فقال :
" وقد أجمع العلماء على أن التبر ، والعين ، والمصنوع ، والمضروب من الذهب والفضة لا يحل التفاضل في شئ منه وعلى ذلك مضى السلف من العلماء ، و الخلف إلا شيئاً يسيراً يروى عن معاوية من وجوه أنه كان لا يرى الربا في بيع العين بالتبر ولا بالمصنوع ، وكان يجيز ذلك التفاضل ويذهب إلى أن الربا لا يكون في التفاضل إلا في التبر بالتبر ، وفي المصنوع بالمصنوع ، وفي العين بالعين " (٢) .

✽ وجمهور العلماء على خلاف معاوية :

(١) الأحناف :

" قول النبي ﷺ الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يبدأ بيد ، والفضل ربا... " وذكر التمر ، والملح ، والذهب ، والفضة ، فسمى الفضل في الجنس الواحد من المكيل والموزون ربا " (٣) .

(٢) المالكية :

يقول ابن رشد : " الجمهور على أن مسكوكة ، وتبره ، ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الأحاديث في ذلك " (٤) .

(٣) الشافعية :

الأصل في ذلك خبر مسلم عن فضالة بن عبيد قال : " أتى النبي ﷺ بقلادة فيها خرز وذهب تباع بتسعة دنانير فأمر النبي ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ، ثم قال : الذهب بالذهب وزناً يوزن ، وفي رواية لا تباع حتى تفصل " (٥) .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٦ ، انظر المغني جـ ٤ ص ٢٩ .

(٢) موسوعة الإجماع جـ ٢ ص ٤٦٩ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٦٣٦ - بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٢ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٦ - الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٤ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٨ .

(٤) وعند الخنابلة :

والمساواة المرعية في الشرع هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً ، فإذا تحققت المساواة في ذلك لم يصح البيع لقوله ﷺ : "الذهب بالذهب وزناً بوزن - والبر بالبر كيلاً بكيل " (١) .

(٥) عند الظاهرية :

" و لا يجوز في ذلك ذهب بذهب أصلاً ، ولا فضة بفضة أصلاً ؛ لأنه يصير عيناً بغير عين ، وهذا لا يحل إلا عيناً بعين على ما قدمنا " (٢) .

ورأي معاوية ؓ مبنى على أنه لم يسمع ما ذكره عبادة بن الصامت من النبي ﷺ كما هو واضح من رواية مسلم .

وهذا لا حجة فيه فهو وإن لم يسمع فقد سمع غيره ، وإن كان لم يحفظ فقد حفظ غيره وأي أحد من أصحاب النبي ﷺ لم يغيب عليه شيء من حديث الرسول ﷺ فكل كان يؤدي ما سمع وما حفظ .

❁ لذا كان رأي الجمهور أرجح و أولى بالصواب :

(١) لما روى في حديث ابن عمر في الصنائع الذي أراد أن يأخذ فضل عمله فقال له ابن عمر لا الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا إلينا ، وعهدنا إليكم " (٣) .

(٢) ولأننا إذا عدنا حقيقة المماثلة لم نأمن من التفاضل ، وقد ورد الشرع بتحريم الزيادة في ذلك فوجب المنع حتى تصح المماثلة (٤) .

(٣) وأيضاً لصحة الأحاديث الصريحة في المنع عن أبي سعيد الخدري وغيره : " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشغوا بعضها على بعض... الحديث " (٥) ، والله أعلم .

(١) العدة شرح العمدة ص ١٨٤ - المغني ج٤ ص ٢٩ ، ٤٤ .

(٢) المحلى ج٨ ص ٥١٤ ، مراتب الإجماع ص ٨٤ .

(٣) التمهيد ج٢٢ ص ٢٤٢ ، ج٤ ص ٨٣ .

(٤) التمهيد ج٢ ص ٢٤٣ - رخص ابن عباس ص ٣٢٤ .

(٥) والحديث رواه البخاري وغيره انظر الفتح ج٤ ص ٣٨ ، ومسلم ج٤٤ ص ٩٥ ، المغني ج٤ ص ٢٥ .

" ٤ - جواز التفاضل في الجنسيتين المختلفتين "

ذكر في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في مسلم ، قال : " سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين ، فمن زاد ، أو ازداد فقد أربى . "

ثم ذكر الإمام مسلم رواية أخرى لنفس الحديث فيها ، فإذا اختلفت الأصناف بيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد ^(١) .

وعلى هذا جماهير العلماء ، إذا اختلف الصنفان ، فقد جاز التفاضل ، وذكر ابن عبد البر أنها محل إجماع ، وكرر ذلك أكثر من مرة بألفاظ مختلفة يقول : " وأما التفاضل فلا يحرم إلا بإجماع - أي جمع - الجنس والكيل والوزن ، فلا يجوز عندهم العصفور بالعصفور ولا القطن بالقطن ، ولا الحديد بالحديد إلا مثلاً بمثل يداً بيد كالمأكول عند الجميع من الجنس الواحد فإن اختلف الجنس جاز فيهما التفاضل دون النسيئة كالذهب والورق ... " .

ثم قال : الجنس الواحد يدخله الربا من وجهين التفاضل ، والنسيئة ، فلا يجوز ذهب بذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد ، وكذلك الورق بالورق ، فأما الجنسان ببعضهما كالذهب بالورق فجائز التفاضل فيهما بإجماع من العلماء ، ولا يجوز فيهما النسيئة بإجماع أيضاً من العلماء ^(٢) .

وما ذكره أبو عمر فيه نظر حيث خالف فيه سعيد بن جبير يقول ابن قدامة : " ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فإنه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً كالحنطة بالشعير ، والتمر بالزبيب ، والذرة بالدخن ؛ لأنهما يتقارب نفعهما فجرياً مجرى نوعي جنس واحد . "

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي كتاب البيوع باب الربا جـ ١٠ ص ١٧ ، انظر سبل السلام جـ ٣ ص .

٦٨ الحديث ٧٨٤ ، انظر رخص ابن عباس لأستاذنا الدكتور / إسماعيل سالم رحمه الله ص ٣٠٨ .

(٢) الاستذكار جـ ١٩ ص ١٨٣ ، ص ٢١٩ ، وكرر هذا في جـ ١٩ ص ٢٣٤ بلفظ " لا خلاف بين علماء الأمة " .

وقال : لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسین نعلمه إلا عن سعيد بن جبیر أنه قال : " ما یتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فیهما ^(١) .

ونکر خلاف ابن جبیر سعدی أبو حبيب في موسوعة الإجماع يقول : " ربما الفضل لا یجرى إلا إذا بیع الشئ بنفس جنسه ، وعليه اتفاق أهل العلم إلا سعيد بن جبیر ، فإنه قال : " کل شیئین یتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بیع أحدهما بالآخر متفاضلاً كالحنطة بالشعير ، والتمر بالزبيب " .

وقال : " أجمع العلماء على جواز التفاضل في بیع الربوي بمال ربوي من غير جنسه إذا كان يداً بيد كبیع الذهب بالحنطة ، والفضة بالشعير ، والفضة بالذهب ، وقال ابن مالك : لا يجوز بیع الشعير بالقمح إلا متماثلاً كيلاً وقال سعيد بن جبیر : ما یتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل بينهما " ^(٢) .

ولا نجد حجة لابن جبیر سوى أنه جعل قرب المنفعة علة في التحريم وجعل قرب المنفعة كنوعين لجنس واحد .

(١) وهذا مردود لقوله عليه السلام : " بیعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبیعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد " .

وفي لفظ إذا اختلفت هذه الأشياء فبیعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد " ^(٣) .

(٢) ویبطل قول ابن جبیر كذلك أنهما جنسان فجاز التفاضل فیهما كما لو تباعدت منافعهما .

(٣) أنه لا خلاف في إباحة التفاضل في الذهب والفضة - يداً بيد - مع تقارب منافعهما ، بل لقد كانت منفعتهما تقريباً واحدة في العصور

(١) انظر المغني ج٤ ص ٢٦ ، ٢٩ .

(٢) انظر موسوعة الإجماع ج٢ ص ٤٦٧ ، ٤٦٨ ،

(٣) انظر المغني ج٤ ص ٢٩ ، ٣٠ ، انظر رخص ابن عباس ص ٣٠٧ وما بعدها فقد جمع فيه أستاذنا الدكتور/إسماعيل سالم - رحمه الله - الأحاديث المختلفة في موضوع الربا .

الأولى حيث كانا أثماناً للسلع ومع ذلك جاز التفاضل فيهما إذا كانا يدا بيد^(١) .

لذا لا يصح قول ابن جبير ، وعلى ما ذكر ابن عبد البر جمهور الفقهاء :-

(١) الأحناف :

قال في الاختيار : " باب الربا ، وعلته عندنا الكيل ، أو الوزن مع الجنس فإذا وجدا حرم التفاضل ، وعلته عندنا الكيل ، أو الوزن مع الجنس فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء وإذا عد ما حلاً ، وإذا وجد أحدهما خاصة حل التفاضل وحرم النساء^(٢) .

(٢) المالكية :

" حرم في عين وطعام ، ربا فضل إن اتحد الجنس والطعام ربوي فإذا اختلف الجنس ، أو كان الطعام غير ربوي جازت المفاضلة^(٣) .

(٣) الشافعية :

" إذا بيع الطعام بالطعام إن كان جنساً اشترط الحلول والمماثلة والتقابض قبل التفريق أو جنسين كحنطة وشعير جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض^(٤) .

(٤) الحنابلة :

يقول ابن قدامة : " اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد ثم ذكر قول ابن جبير وقال : فلا يعول عليه " ^(٥) .

(٥) الظاهرية :

" وجاز بيع كل صنف مما ذكرنا بالأصناف الأخر منها متفاضلاً ، وممتائلاً ، وجزافاً وزناً ، وكيلاً كيف ما شئت إذا كان يداً بيد^(٦) .

(١) انظر المغني ج٤ ص ٣٠ .

(٢) الاختيار ج٢ ص ٣٨ .

(٣) الشرح الصغير ج٣ ص ١٣ ، بداية المجتهد ج٢ ص ١٢٩ .

(٤) مغني المحتاج ج٢ ص ٢٢ .

(٥) المغني ج٤ ص ٢٦ ، ٢٩ .

(٦) المحلى ج٨ ص ٤٨٩ ، مراتب الإجماع ص ٨٤ ، ٨٥ .

" ٥ - الطعام بالطعام لا يجوز إلا يداً بيد مدخراً ، وغير مدخر "

قال أبو عمر : " وهذا مجتمع عليه عند العلماء أن الطعام بالطعام لا يجوز إلا يداً بيد مدخراً كان أو غير مدخر إلا إسماعيل بن عُلَية فإنه شذ فأجاز التفاضل والنساء إذا اختلفا من المكيل والموزون قياساً على إجماعهم في إجازة بيع الذهب ، أو الفضة بالرصاص والنحاس والحديد والزعفران والمسك وسائر الموزونات نساءً ، وأجاز على هذا القياس نصاً في كتبه بيع البر بالشعير والشعير بالتمر والتمر بالأرز ، وسائر ما اختلف اسمه ونوعه بما يخالفه من المكيل والموزون متفاضلاً نقداً ونسيئة سواء كان مأكولاً ، أو غير مأكول ولم يجعل الكيل والوزن علة ولا الأكل الاقتيات وقاس ما اختلفوا فيه على ما أجمعوا عليه .

وليس قوله عندهم مما يعد خلافاً ولا يعرج عليه ^(١) ، وهذه تختلف عن مخالفة ابن عباس أن ابن عباس أجاز صاع تمر بصاعين متفاضلاً يداً بيد ولم يجزه نسيئة .

وقال أيضاً : " فالأشياء الستة في الحديث لا يجوز بيع الجنس الواحد منها بعضه ببعض متفاضلاً ولا نساءً ؛ لأنه ثبت في حديث عمر ، وعبادة ، وإجماع الأمة أيضاً على ذلك إلا من شذ ممن لا يعد خلافاً ، ولا يجوز النساء في الجنسين المختلفين منها لحديث عمر في الذهب ، ولحديث عبادة ؛ لأن الأمة لا خلاف بينها في ذلك ويجوز فيه التفاضل ^(٢) .

وما ذكره ابن عبد البر من إجماع فيه نظر فهو نفسه قد حكى خلاف ابن عُلَية ؟ ١١ لكنه لم يعتد به ١١ لمخالفته للأثار ، وللجمهور ، وقد نقل ابن رشد خلاف ابن عُلَية أثناء عرضه لقصر الظاهرية الربا في الأصناف الستة ، وأنه يجري فيها فقط وأن ما عداها لا يمنع الصنف

(١) التمهيد ج ٦ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ وهو أبو بشر إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي البصري المعروف بابن عُلَية ؛ وعليه أمة ثقة حافظ من الثامنة ت ٩٣ هـ وهو ابن ثلاث وثمانين سنة ، انظر تذكرة الحافظ للذهبي ج ٢ ص ٣١٢ ، شذرات الذهب ج ٢ ص ٤٢٢ .

(٢) التمهيد ج ٦ ص ٢٩٩ ، وراجع موسوعة الإجماع لسعدي أبو حبيب حيث أورد كثيراً من الخلافات في بعض المسائل الجزئية في كثير من مسائل الربا وهي مخالفات لقاعدة ، وللظاهرية والليث بن سعد ، وعن المغيرة المخزومي صاحب مالك وابن عُلَية وابن عباس وسعيد بن جبير وغيرهم موسوعة الإجماع ج ٢ ص ٤٦٣ ، ٤٦٩ ، وانظر مراتب الإجماع لابن حزم ص ٨٤ .

الواحد منها التفاضل ، وقال هؤلاء أيضاً : " إن النساء ممتنع في هذه السنة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه : أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف إلا ما حكى عن ابن علي أنه قال : " إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة " (١) .

وذكر خلاف ابن علي كذلك سعدى أبو حبيب في موسوعة الإجماع (٢) .

وذكر خلاف ابن علي كذلك الإمام يحيى بن شرف النووي ت ٦٧٦ هـ في شرحه لصحيح مسلم مسلم عند شرحه للحديث رقم ٤٠٤٠ في الباب ١٥ من المساقاة .

فقنال : قوله ﷺ : " يداً بيد " حجة للعلماء كافة في وجوب التقابض وإن اختلف الجنس ، وجوز إسماعيل بن علي التفرق عند اختلاف الجنس وهو محجوج بالأحاديث والإجماع ؟ - ، ولعله لم يبلغه الحديث فلو بلغه لما خالفه (٣) .

(١) وما ذكره الإمام النووي صحيح ؛ لأن الأحاديث صريحة ، وصحيحة في هذه المسألة وكحديث أبي سعيد الخدري مثلاً في مسلم : " ... والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد ، أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء " (٤) .

وحديث أبي هريرة في مسلم أيضاً : " ... والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه " (٥) .

(٢) كذلك قياسه - الذي ذكره ابن عبد البر أثناء مناقشته لرأيه - لا يصح لوجود نص في المسألة ، والمعروف عند الأصوليين أنه لا قياس مع النص (٦) .

(٣) وأيضاً رأى ابن علي مخالف لجماهير فقهاء المسلمين .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٩ .

(٢) موسوعة الإجماع ج ٢ ص ٤٦٦ .

(٣) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٧ .

(٤) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٧ .

(٥) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٧ ، انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ص ١٩٦، ١٩٧ .

(٦) انظر أصول الفقه للشيخ/ محمد الحصري ص ٣٥٧ .

(١) الأصناف :

"وعلته عندنا الكيل ، أو الوزن مع اتحاد الجنس وهذا عام في كل مكيل سواء كان مطعوماً ، أو لم يكن فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء، وإذا عدما حلا ، وإذا وجدا أحدهما خاصة حل التفاضل ، وحرم النساء (١) .

(٢) المالكية :

" حرم في عين ، وطعام ربا الفضل أي زيادة إن اتحد الجنس فيهما فلا يجوز درهم بدرهمين ولا صاع قمح بصاعين ولو بدأ بيد فإذا اختلف الجنس أو كان الطعام غير ربوي جازت المفاضلة إن كانت يداً بيد (٢) .

(٣) الشافعية :

" إذا بيع الطعام بالطعام إن كان جنساً اشترط الحول والمماثلة والتقابض لهما قبل التفرق ، أو جنسين كحنطة وشعير جاز التفاضل واشترط الحول والتقابض (٣) .

(٤) الحنابلة :

" لا يجوز بيع مطعوم - مكيل أو موزون - بجنسه إلا مثلاً بمثل، ولا يجوز بيع مكيل من ذلك بشئ من جنسه وزناً ، ولا موزون كيلاً وإن اختلف الجنسان جاز بيعه كيف شاء يداً بيد ، ولم يجز النساء فيه لقوله العلية : " يداً بيد " (٤) .

(٥) الظاهرية :

ذكر ابن حزم بعد أن بين أن الربا يجري في القمح ، والشعير ، والملح والتمر : " واتفقوا أن بيع هذه الأصناف الأربعة بعضها ببعض بين المسلمين نسيئة حرام وإن اختلف أنواعها وأن ذلك كله ربا (٥) ، والله تعالى أعلم .

(١) الاختيار ج٢ ص ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) الشرح الصغير ج٣ ص ١٣ .

(٣) مغني المحتاج ج٢ ص ٢٢ .

(٤) العدة ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٥) مراتب الإجماع ص ٨٥ ، رخص ابن عباس ص ٣٢٤ ، انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ص ١٩١ ، ٢٠٠ .

"٦- النهي عن بيع وسلف"

قال أبو عمر : أجمع العلماء على أن من باع بيعاً على شرط سلف يسلفه ، أو يستسلفه فبيعه فاسد مردود ^(١) .

والأصل في هذه المسألة حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه الثقة وإنما دخلت أحاديثه الداخلة من أجل رواية الضعفاء عنه والذي يقول إن روايته عن أبيه عن جده صحيفة ، يقول : " إنها مسموعة صحيحة وقد رواه الإمام مالك بلاغاً " ^(٢)

وهذه الدعوى لا تصح ، لأن الإمام مالك في المشهور من مذهبه يقول في البيع والسلف : " أنه إذا طاع النبي اشترط السلف يترك سلفه فلم يقبضه جاز البيع ^(٣) ، عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف " .

قال مالك : وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فإن عقد بيعهما على هذا الوجه ، فهو غير جائز فإن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منها كان ذلك البيع جائزاً ^(٤) ، وقد ذكر هذه المخالفة ابن قدامة ^(٥) .

وقد ذكرها أيضاً صاحبُ الفقه الإسلامي وأدلته ^(٦) وإن كان ابن جُزي قد ذكرها إجماعاً أيضاً إذا عزم مشترطه عليه فإن أسقطه جاز البيع .

(١) التمهيد ج ٢٤ ص ٣٨٥ .

(٢) الموطأ رواية يحيى ص ٤٥٥ ، حديث ١٣٥٥ ، التمهيد ج ٢٤ ص ٣٨٤ ، نيل الأوطار ج ٥ ص ١٧٩ .

(٣) الموطأ ص ٤٥٥ والفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٧٢ .

(٤) تنوير الخواالك ج ٢ ص ٧٢ .

(٥) المغني ج ٤ ص ١٦٢ .

(٦) د/ وهبة الزحيلي ج ٤ ص ٤٧٢ .

يقول أثناء عرضه لأنواع الغرر العشرة التي لا تجوز النوع التاسع : بيع وشرط ... ومن هذا النوع البيع باشتراك السلف من أحد المتبايعين ، وهو لا يجوز بإجماع إذا عزم مشروطه عليه ، فإن أسقطه جاز البيع ^(١) .

وتحصيل مذهبه عند أصحابه : أن البائع إذا أسلف المشتري مع السلف ذهباً ، أو ورقاً معجلاً ، وأدرك ذلك فسخ وإن فاتت رد المشتري السلفة ورجع عليه بقيمة سلفة يوم قبضها ، وإن قبضها ما بينه وبين ما باعها به فأدني من ذلك فإن زادت قيمتها على الثمن الذي باعها به ، لم يرد عليه شيئاً ؛ لأنه قد رضى به على أن أسلف معه سلفاً ، ولو أن المشتري كان هو الذي أسلف البائع ، فسخ البيع أيضاً بينهما ، ورجع البائع بقيمة سلخته بالغاً ما بلغت ، إلا أن تنقص قيمتها من الثمن فلا ينقصها المشتري من الثمن ، لأنه قد رضى به على أن أسلف معه سلفاً ^(٢) .

وجمهور الفقهاء لا يحبذون بيعاً وسلفاً بحال لحديث عمرو بن شعيب ، وأيضاً للنهي عن بيع وشرط ^(٣) .

هذا وقد ذكر ابن رشد هذه المسألة في أنواع بيوع الغرر التي لا تصح: ومنها نهيه عليه السلام عن المعاومة ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وشرط ، وبيع وسلف ... " ^(٤) .

(١) وقد منع منها الأحناف :

فقد ذكر في نصب الرأية نهيه عليه السلام عن سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ^(٥) .

(١) القوانين الفقهية ص ١٩٤ ، تنوير الحوالك ج ٢ هامش ص ٧١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٧١ ، ٤٧٢ .

(٢) المنتقى على الموطأ ج ٥ ص ٣٦ تنوير الحوالك ج ٢ ص ٧٢ ، التمهيد ج ٤ ص ٣٨٥ .

(٣) القوانين الفقهية ص ١٩٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٧١ ، ٤٧٢ .

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٨ .

(٥) نصب الرأية للزيلعي ج ٤ ص ١٨ ، بدائع الصنائع ج ٣٤٠ وما بعدها .

(٢) وعند الشافعية :

نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط كبيع بشرط وبيع أو قرض^(١).

(٣) وعند الحنابلة :

ولو باعه بشرط أن يسلفه ، أو يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم ، والبيع باطل^(٢) .

(٤) وهو كذلك رأي الظاهرية^(٣) :

ورأي الجمهور هو الأولى بالصواب لما يلي ..

(١) أن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف وفي لفظ : " لا يحل بيع وسلف " وهو حديث صحيح كما سبق^(٤) .

(٢) ولأنه اشترط عقداً في عقد ففسد كبيعتين فيبيعة .

(٣) ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله ، فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض ، وربحاً له وذلك ربا محرم فسد كما لو صرح به.

(٤) ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهماً بدرهمين ، ثم ترك أحدهما لذا لا يصح رأي الإمام مالك في هذه النقطة^(٥) ، والله أعلم.

(١) معي المحتاج جـ ٢ ص ٣١

(٢) المغني جـ ٤ ص ١٦٢ .

(٣) مراتب الإجماع ص ٨٩ .

(٤) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٩ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٣٠ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ١٦٢ .

(٥) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ١٦٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٤٧١ .

"٧- بيع تلقي السلعة غير مفسوخ"

قال أبو عمر : " اختلف قول مالك وأصحابه في فسخ بيع الحاضر للبادي ، فقيل : يفسخ ، وقيل لا يفسخ ، وقيل يفسخ ما لم يفت ، وقيل : لا يفسخ فات أو لم يفت ، وقيل : يؤدب المعتاد لذلك ، وقيل لا أدب عليه ، وكل هذا مذهب مالك والذي أراه إمضاء البيع ، ولا يفسخ لما فيه من النصيحة للمسلم ، والله أعلم .

ولأنه من جهة نفع الحاضر لا لمكروه في الشريعة ، وهو يشبه تلقي السلع ، وقد أجمعوا أن للبيع في ذلك غير مفسوخ على ما قد أوضحنا في كتاب التمهيد ^(١) .

وفي التمهيد وافق على إجماع نقله ابن خويز منداد ولكن ذكر فيه خلافاً لابن حبيب ، وبعض المالكية يقول : " وقال ابن خويز منداد : البيع في تلقي السلع صحيح على قول الجميع ، وإنما الخلاف هو أن المشتري لا يفوز بالسلعة ويشركه فيها أهل الأسواق ، ولا خيار للبائع ، أو أن البائع بالخيار ، قال أبو عمر : ما حكاه ابن خويز منداد عن الجميع في جواز البيع في ذلك مع ما دل عليه الحديث هو الصحيح ، لا ما حكاه سحنون عن غير ابن القاسم - أنه يفسخ البيع وكان ابن حبيب ^(٢) يذهب إلى فسخ البيع في ذلك ^(٣) .

وفيما ذكره ابن عبد البر من إجماع في الكافي ، وما وافق عليه من إجماع في التمهيد نظر ؛ لأن في المسألة خلاف لبعض أئمة المالكية المعروفين بالاجتهاد والفتوى .

والأصل في هذه المسألة حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " لا تلقوا الجلب فمن تلقى فاشترى منه ، فإذا أتى سيده

(١) الكافي ص ٣٦٥ .

(٢) هو عبد الملك بن سليمان المعروف بابن حبيب التوفى ٢٣٨ هـ انظر ترجمته في الديباج الذهب لابن فرحون ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

(٣) التمهيد ج ١٨ ص ١٨٩ ، وانظر المدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٠٢ .

السوق فهو بالخيار " ، وفي لفظ البخاري : " نهى النبي ﷺ عن التلقي وأن يبيع حاضر لباد " (١) .

هذا وقد نقل ابن جزى الخلاف في المسألة أثناء حديثه عن البيع الفاسد فقسمه إلى ثلاثة أقسام ...

الثاني : ما نهى عنه ولم يخل فيه بشرط مشروط لصحة البيع . كالبيع في وقت الجمعة وبيع حاضر لباد والتلقي فاختلف هل يفسخ أم لا؟ وقيل : يفسخ إن كانت السلعة قائمة (٢) ، كذلك ذكر ابن قدامة قول ابن عبد البر وذكر رواية عن أحمد تخالفه يقول : " فإن خالف ، وتلقى الركبان واشترى منهم ، فالبيع صحيح في قول الجميع ، قاله ابن عبد البر ، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والأول أصح " (٣) .

ونحن هنا لا نتحدث عن جواز تلقي الركبان من عدمه فهذه قد كرهها أكثر أهل العلم وروى عن أبي حنيفة إجازتها يقول ابن قدامة : عن ابن عباس : " لا تلقوا الركبان و لا يبيع حاضر لباد " ، وعن أبي هريرة مثله -متفق عليه - (٤) .

وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي والشافعي وإسحاق وحكى عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع " (٥) .

كذلك هم مختلفون في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل السوق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون أهل السوق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا إن كان المتلقي قريباً فإن كان بعيداً فلا بأس به ورأى أنه إذا وقع جاز

(١) انظر الفتح ج ٤ ص ٤٣٧ وسنن أبي داود حديث رقم ٣٥٠٣ ، وسنن ابن ماجه حديث ٢١٨٧ وانظر سبل السراح ج ٣ ص ٣١ . وانظر نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٧ .

(٢) القوانين الفقهية ص ١٩٥ .

(٣) المغني ج ٤ ص ١٥٢ .

(٤) انظر الفتح ج ٤ ص ٤٣٧ وسبل السلام ج ٣ ص ٣١ ونيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٧ .

(٥) المغني ج ٤ ص ١٥٤ .

أما الشافعي فقال : إن المقصود بالنهي : إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقي ! لأن البائع يجهل سعر البلد وكان يقول : إذا وقع فرب السالعة بالخيار إن شاء أمضى البيع ، أورده " (١) .

لكن حديثنا في هذه المسألة هو عمن خالف النهي في الحديث ، وتلقى الركبان هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالجمهور على أنه لا يفسخ على ما حكاه ابن عبد البر وذهب ابن حبيب من المالكية ، وأحمد في رواية عنه إلى أنه مفسوخ ونقل الخلاف ابن جزى ، وابن قدامة ، وابن رشد وغيرهم (٢) والجمهور كما سبق يذهب إلى عدم الفسخ .

(١) الأحناف :

" ونهى رسول الله ﷺ عن النجش وعن السوم على سوم غيره ، وعن تلقي الجلب ، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به " (٣) .

وفي الاختيار وتلقي الجلب مكروه ويجوز البيع ؛ لأن النهي ليس لمعنى في العقد وشرائطه بل لمعنى خارج فيجوز (٤) .

(٢) المالكية :

يقول ابن رشد : " وروى عن مالك - أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا إذا كان التلقي قريباً فإن كان بعيداً فلا بأس به وجد القرب في هذا المذهب بنحو من ستة أميال ورأى أنه إذا وقع جاز ، لكن يشترك المشتري وأهل السوق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها (٥) .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٦ ، القوانين الفقهية ص ١٦٠ ، المغني جـ ٤ ص ١٥٢ .

(٢) انظر القوانين الفقهية ص ١٩٥ ، المغني جـ ٤ ص ١٥٢ بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٦

(٣) فتح القدير جـ ٦ ص ٤٧٧ .

(٤) الاختيار جـ ٢ ص ٣٣ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٦ ، القوانين الفقهية ص ١٩٥ .

(٣) الشافعية :

" ومن النهي عنه تلقي الركبان بأن يتلقى شخص طائفة يحملون متاعاً طعاماً ، أو غيره إلى البلد مثلاً فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ، ومعرفتهم بالسعر فيعص بالشراء ويصح وإن لم يقصد التلقي " (١) .

(٤) الحنابلة :

يقول ابن قدامة : " فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح قاله ابن عبد البر وحكى عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والأول أصح (٢) .

(٥) الظاهرية :

يقول ابن حزم : " واتفقوا أن البيع الصحيح إذا وقع في الأسواق وعلى سبيل التلقي فهو جائز " (٣) .

ويقول : و لا يحل لأحد تلقي الجلب ... فمن تلقى جلباً أي شئ كان فاشتراه فإن الجالب بالخيار إذا دخل السوق متى ما دخله ولو بعد أعوام في إمضاء البيع ، أو رده (٤) .

❀ والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور لما يلي (٥) :

(١) لأن أبا هريرة روى أن رسول الله ﷺ قال : " لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار " ، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح والحديث رواه مسلم (٦) .

(٢) ولأن النهي لا لمعني في البيع بل يعود لضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار فأشبهه بيع المصراة ، وفارق بيع الحاضر للبادي، فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه إنما هو على المسلمين فإذا تقرر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه غبن " (٧) ، والله أعلم .

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٦ .

(٢) المغني جـ ٢ ص ١٥٢ .

(٣) مراتب الإجماع ص ٨٩ .

(٤) اغلبي جـ ٨ ص ٤٤٩ .

(٥) انظر المغني جـ ٤ ص ١٥٢ .

(٦) السابق نفسه .

(٧) المغني جـ ٢ ص ١٥٢ فتح القدير جـ ٦ ص ٤٧٧ .

"٨- تفسير الملامسة والمنابذة"

قال أبو عمر : "حديث الليث عن يونس عن ابن شهاب عن عامر بن سعد أن أبا سعيد الخدري قال : نهى رسول الله ﷺ عن لبستين وعن بيعتين ، نهى عن الملامسة ، والمنابذة في البيع ، واللامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده ، بالليل والنهار ولا يقبله إلا بذلك ، والمنابذة : أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه ، وينبذ الآخر إليه ثوبه يكون ذلك بيعهما على غير نظر ولا تداخل " ، وروى هذا الحديث معمر ، وابن عيينه عن الزهري عن عطاء بن يزيد الليثي عن أبي سعيد الخدري وليس في حديثهما التفسير الذي في حديث الليث عن يونس ، وهو تفسير مجتموع عليه لا تدافع ولا تتازع - واللامسة والمنابذة بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعون بها ^(١) ، والحديثان في البخاري ^(٢) .

يقول الفيومي في الملامسة : أن يقول إذا لمست ثوبي ولمست ثوبك فقد وجب البيع بيننا بكذا وعلوه بأنه غرر وهو من باب قل بمعنى أفضى إليه باليد ^(٣) .

والمنابذة في البيع أن تقول إذا نبذت متاعك أو نبذت متاعي فقد وجب البيع بكذا ونبذته من باب ضرب بمعنى ألقيته ^(٤) .

وما ذكره ابن عبد البر فيه نظر ؛ لأن الملامسة والمنابذة فيهما ثلاثة تفسيرات فبعد أن ذكر ابن حجر الروايات المختلفة لأحاديث النهي عن الملامسة والمنابذة قال : " ولمسلم من طريق عطاء بن ميناء عن أبي هريرة : أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحب بغير تأمل ، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه يقول ابن حجر :

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ١١٠ ، ١١٠ .

(٢) انظر الفتح جـ ٤ ص ٤٢٠ الباب ٦٢ باب بيع الملامسة حديث ٢١٤٤ ، وحديث ٢١٤٧ ، وانظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٠ .

(٣) المصباح المنير ص ٥٥١ مادة لمس ، وانظر أيس الفقهاء للشيخ / قاسم القونوي ص ٣١٥

(٤) المصباح المنير ص ١٩٠ باب نبذ .

" وهذا التفسير الذي في حديث أبي هريرة أقعد بلفظ الملامسة والمنازعة لأنها مفاعلة فتستدعي وجود الفعل من الجانبين " (١) .

مع ملاحظة أن الإمام البخاري روى من طريق أيوب عن محمد عن أبي هريرة : " نهى عن بيعتين اللباس والنباذ " (٢) ، هكذا بهذا اللفظ، يقول ابن حجر ، واختلف العلماء في تفسير الملامسة على ثلاث صور وهي أوجه للشافعية :

أصحها : أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام فيقول له صاحب الثوب : بعته بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته وهذا هو موافق للتفسيرين اللذين في الحديث .

الثاني : أن يجعل نفس اللبس يباع بغير صيغة زائدة .

الثالث : أن يجعل اللبس شرطاً في قطع خيار المجلس وغيره ، والبيع على التأويلات كلها باطل ومأخذ الأول : عدم شرط البيع فيؤخذ منه بطلان بيع المعاطاة مطلقاً لكن من أجاز بيع المعاطاة قيدها بالمحقرات ، أو بما جرت فيه العادة بالمعاطاة .

وأما الملامسة والمنازعة عند من يستعملها فلا يخصهما بذلك فعلى هذا يجمع بيع المعاطاة مع الملامسة والمنازعة في بعض صور الملامسة والمنازعة عما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعلى هذا يحمل قول الرافعي : " إن الأئمة أجروا في بيع الملامسة ، والمنازعة الخلاف الذي في المعاطاة ومأخذ الثالث : شرط نفس خيار المجلس وهذه الأقوال هي التي اقتصر عليها الفقهاء .

وأما المنازعة فاختلّفوا فيها أيضاً على ثلاثة أقوال ، وهي أوجه للشافعية ...

أصحها : أن يجعل نفس النبذ يباع كما تقدم في الملامسة وهو الموافق للتفسير في الحديث المذكور .

(١) فتح الباري ج ٤ ص ٤٢٠ ، ٤٢١ ، نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٠ ، ١٥١ .

(٢) النظر فتح الباري ج ٤ ص ٤٢٠ ، حديث ٢١٤٥ .

الثاني : أن يجعلوا النبد بيعاً بغير صيغة .

الثالث : أن يجعلوا النبد قطعاً للخيار واختلفوا في تفسير النبد ، قيل : هو طرح الثوب كما وقع في تفسيره في الحديث المذكور وقيل هو نبد الحصة ، والصحيح أنه يغره وقد اختلف في بيع الحصة^(١).

✽ أما تفسير الملامسة والمنازمة عند المذاهب الخمسة فهي كما يلي:

(١) الأحناف :

أما الملامسة ؛ فإن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل يلتزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلاً في ظلمة ، أو يكون مطوياً مرئياً متفقاً على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق التملك على أنه حتى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس ، والمنازمة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبد بيعاً^(٢) .

(٢) المالكية :

أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ، ولا ينشره ، أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه هذا مجمع على تحريمه للجهل إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق^(٣) .

(٣) الشافعية :

اللامسة أن يلمس ثوباً مطوياً ، أو في ظلمة ثم يشتريه على أنه لا خيار له إذا رآه اكتفاء بلمسه عن رؤيته أو يقول إذا لمسته فقد بعته اكتفاء بلمسه عن الصيغة وبطلان البيع في ذلك عدم الرؤية على التفسير الأولى وعدم الصيغة على التفسير الثاني ، والمنازمة بأن يجعلوا النبد بيعاً

(١) فتح الباري ج٤ ص ٤٢١ نيل الأوطار ج٥ ص ١٥١ ، المغني ج٤ ص ١٤٦ .

(٢) فتح القدير ج٦ ص ٤١٧ .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ١٤٨ ، حاشية الرهوني ج٥ ص ٨ ، القوانين الفقهية ص ١٩٣ .

اكْتفاء به عن الصيغة ، أو يقول بعثك هذا بكذا على أنى إذا نبذته إليه لعدم البيع وانقطع الخيار ووجه البطلان في ذلك وجود الشرط الفاسد^(١).

(٤) وعند الحنابلة :

وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البعين ، واللامسة : أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه حتى لمسه وقع البيع والمنابذة أن يقول أي ثوب لمستى وقع البيع ، والمنابذة : أن يقول أي ثوب نبذته فقد اشتريته بكذا هذا ظاهر كلام أحمد ونحوه قال مالك ، والأوزاعي^(٢) . ثم ذكر ابن قدامة اختلاف الروايات في تفسيرها .

(٥) وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أنه نهى عن بيعتين المنابذة واللامسة وزعم أن الملامسة أن يقول الرجل للرجل : أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمساً والمنابذة أن يقول انبذ ما معي وانبذ ما معك ليشتري أحدهما من الآخر ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر ونحو ذلك^(٣) ، وعن أبي سعيد الخدري قال : " نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة " واللامسة لمس الثوب لا ينظر إليه وعن المنابذة ، والمنابذة طرح الرجل ثوبه إلى الرجل قبل أن يقلبه قال أبو محمد وهذا حرام بلا شك وهذا تفسير أبي هريرة ، وأبي سعيد ﷺ وهما الحجة في الشريعة واللغة ولا مخالف لهما في هذا التفسير^(٤) .

والذي اختاره ابن حجر ورجحه هو الأولى بالصواب ؛ لأنه موافق للأحاديث الواردة عن أبي هريرة وأبي سعيد وهما أعلم الناس بذلك كما يقول ابن حزم .

يقول ابن حجر : " واختلف العلماء في الملامسة على ثلاث صور ، أصحها : أن يأتي بثوب مطوي في ظلمة فيقول له صاحب الثوب بعثكه بكذا بشرط أن يقول لمسك مقامه نظرك ولا خيار لك إذا رأيته والمنابذة أن يجعل نفي النبيذ بيعاً^(٥) ، والله أعلم .

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣١ .

(٢) المغني جـ ٤ ص ١٤٦ .

(٣) المحلى جـ ٨ ص ٢٤٠ .

(٤) المحلى جـ ٨ ص ٣٤٠ .

(٥) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤٢١ ، والمحلى جـ ٨ ص ٣٤٠ ، المغني جـ ٤ ص ١٤٦ ، نيل الأوطار ص

"٩- تفسير معنى المزابنة"

✽ المزابنة :

مفاعلة من الزبن بفتح الزاي وسكون الباء الموحدة وهو الدفع الشديد ومنه سميت الحرب الزبون لشدة الدفع فيها ، وقيل للبيع المخصوص المزابنة ؛ لأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه حقه ، أو لأن أحدهما إذا وقف على ما فيه من الغبن أراد دفع البيع بفسخه ، وأراد الآخر دفعه عن هذه الإرادة بإمضاء البيع ^(١) .

قال أبو عمر : " ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة هي بيع التمر بالتمر كيلاً وبيع العنب بالزبيب كيلاً وهو ما ذكر ابن عمر في هذه الأحاديث تفسيراً لها من قوله ، أو مرفوعاً ^(٢) .

وقال : ولم يختلفوا أن بيع الكرم بالزبيب والرطب بالتمر المعلق في رؤوس النخل والزرع بالحنطة مزابنة ^(٣) .

وقال : المزابنة فسرهما أبو سعيد الخدري اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل ، وفسرها ابن عمر التمر بالتمر كيلاً وبيع الكرم بالزبيب كيلاً ، وفسرها جابر أن بيع التمر في رؤوس النخل بمئة فرق تمرأ هؤلاء الثلاثة من الصحابة فسروا المزابنة بما نراه ولا مخالف لهم علمته ^(٤) .

وقال عن تفسير أبي سعيد الخدري ، وابن عمر وجابر بن عبد الله للمزابنة بأنها اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل " فهؤلاء ثلاثة من الصحابة فسروا المزابنة بما نراه ولا مخالف لهم علمته ، بل قد أجمع العلماء على أن ذلك مزابنة " ^(٥) .

(١) النظر لسان العرب مادة زين ، والمصباح المنير ص ٢٥١ ، دار المعارف الطبعة الثامنة ١٩٩٤ م ن وراجع فتح الباري ج٤ ص ٤٤٩ ، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي سعدى أبو حبيب ج١ ص ٢٠٥ .

(٢) التمهيد ج١٣ ص ٣٠٩ ، ج٦ ص ٤٤١ .

(٣) التمهيد ج٢ ص ٣١٤ ، والنظر الاستذكار ج١٩ ص ١٥٩ .

(٤) الاستذكار ج١٩ ص ١١٣ .

(٥) التمهيد ج٢ ص ٣١٤ ، والنظر صحيح البخاري مع الفتح ج٤ ص ٤٤٩ .

وفي هذا الإجماع نظر يقول ابن حجر في الفتح عن المزابنة في بيع التمر بالتمر والمراد به الرطب خاصة وقوله بيع الزبيب بالكرم أي بالعنب وهذا أصل المزابنة .

وفسر بعضهم المزابنة بأنها بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وقيل هي المزارعة على الجزء ، وقيل غير ذلك ثم اختار ابن حجر تفسير أبي سعيد لها وأنها (بيع التمر بالتمر) وقال : والذي تدل عليه الأحاديث في تفسيرها أولى (١) .

وجمهور الفقهاء على ما ذكره ابن عبد البر ووافقه عليه ابن حجر العسقلاني ت ٨٥٢ هـ .

(١) الأحناف :

قالوا من أنواع البيع الفاسد ، بيع المزابنة ؛ وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً (٢) .

(٢) والمالكية :

فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية وإنما هي في حق المعري فقط ، والرخصة فيها إنما هي استثنائها من الزابنة ، وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه (٣) .

(٣) الشافعية :

ولا يصح بيع الحنطة في سنبها بصافية وهو المحاقلة ، ولا الرطب على التخل بتمر وهو المزابنة (٤) .

(٤) الحنابلة :

"ولنا أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ، المزابنة بيع الرطب بالتمر ثم أرخص في العرية " (٥) .

(١) راجع فتح الباري جـ ٤ ص ٤٤٨ ، ٤٤٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٩ ، سبل السلام ص ٣٤ ، ٣٥ ، والاجماع لابن المنذر ص ١٥٩ ، موسوعة الإجماع لسعدي أبي حبيب جـ ١ ص ٢٠٥

(٢) فتح القدير جـ ٦ ص ٤١٥ والاختيار جـ ٢ ص ٢٩ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٧ والشرح الصغير جـ ٣ ص ٣١ .

(٤) معنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٣ .

(٥) المعلى جـ ٤ ص ٥٨ .

(٥) الظاهرية :

ولا يجوز بيع شئ من الثمار سوى تمر النخل بخرصها أصلاً
في رؤوس النخل ولا مجموعة في الأرض ، عن ابن عمر قال نهى
رسول الله ﷺ عن المزابنة ، والمزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلاً
وبيع الزبيب بالعنب كيلاً وعن كل تمر بخرصه ^(١) .

❁ والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور لما يلي :

- (١) أن تفسيرها ورد عن ثلاثة من كبار الصحابة وهم أبو سعيد الخدري ،
وابن عمر وجابر بن عبد الله ، وهم رواة الأحاديث التي وردت فيها
النهي عن المزابنة ومن روي شيئاً كان أعلم الناس بمخرجه ، والمراد
منه ولا مخالف لهم فيه ^(٢) .

(٢) كما أن هذا التفسير هو ما يقتضيه ظاهر الأحاديث كما يقول ابن حجر
وهو اختيار الإمام البخاري في صحيحه ^(٣) ، والله أعلم .

(١) الخلفي ج ٨ ص ٤٦٥ .

(٢) النظر فتح الباري ج ٤ ص ٤٤٩ .

(٣) فتح الباري ج ٤ ص ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

" ١٠ - النهي عن المزابنة "

قال عن حديث ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة ، والمزابنة هي بيع الثمر بالتمر كيلاً وبيع الكرم بالزبيب كيلاً وأن الاستثناء خاص بالعرايا : و لا يجوز لغير المعري ؛ لأن الرخصة وردت فيه فلا يجوز أن يتعدى به إلى غير ذلك لنهي الرسول ﷺ عن المزابنة ونهيه عن بيع الثمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر وهو أنه مجتمع عليه فلا يجوز أن يتعدى بالرخصة موضعها " (١) .

وقال كذلك أجمعوا على أن كل مالا يجوز إلا مثلاً بمثل أنه لا يجوز منه كيل بجزاف ولا جزاف بجزاف لأن ذلك جهل المساواة ولا يؤمن مع ذلك التفاضل (٢) .

وفي هذا الإجماع نظر لمخالفة ابن عباس فيه يقول ابن المنذر (وأجمعوا عن النهي من بيع المحاقلة والمزابنة وانفرد ابن عباس ، أي لم ينه (٣) ، ولعل رأي ابن عباس مبني على إباحته لربا الفضل أو صاع تمر بصاعين إذا كان يداً بيد وجمهور العلماء على خلاف ذلك حيث جعلوا المزابنة صورة من صور الربا ، ويقول ابن حجر هذا أصل المزابنة ، وألحق الشافعي بذلك كل بيع مجهول بمجهول أو بمعلوم من جنس يجري الربا في نقده (٤) .

ولم يستثن العلماء من المزابنة سوى العرايا لورود النص باستثناءها فيما دون خمسة أو سق لرفق بالناس والتعاون بينهم ، حتى إن الإمام البخاري بعد أن ذكر النهي عن المزابنة وأتبعه بحديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص بعد ذلك في بيع العرايا بالرطب ، أو بالتمر (٥) والجمهور على حرمة بيع المزابنة .

(١) انظر التمهيد ج٢ ص ٣٢٦ ، ٣٢٤ ، والحديث رواه الإمام البخاري ، انظر فتح ج٤ ص ٤٤٩ باب بيع المزابنة .

(٢) التمهيد ج٢ ص ٣١٤ .

(٣) الإجماع ص ١٥٩ موسوعة الإجماع سعدي أبو حبيب ج١ ص ٢٠٥ .

(٤) فتح الباري ج٤ ص ٤٤٩ .

(٥) فتح الباري ج٤ ص ٤٤٩ .

(١) الأحناف :

و لا يجوز بيع المزابنة وهي بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ قبل كيله خرصاً ، ولأنه ﷺ نهى عن المزابنة ، والمحاكلة وقال في الاختيار (بيع المزابنة والمحاكلة فاسد)^(١) .

(٢) المالكية :

قال الدردير أثناء عرضه لما لا يصح من العقود "كالمزابنة" وهي بيع مجهول بمعلوم أو بمجهول من جنسه في الطعام وغيره^(٢) .

(٣) الشافعية :

ولا يصح بيع الحنطة في سنبها بصافية وهو المحاكلة ، ولا الرطب على النخل بتمر وهو المزابنة " ^(٣) .

(٤) الحنابلة :

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق .

(٥) الظاهرية :

ولا يجوز حكم العرايا المذكور في شئ في الثمار وغير الثمار والنخيل ولا يجوز بيع شئ من الثمار سوى ثمر النخيل بخرصها أصلاً في رؤس النخل ولا مجموعة في الأرض أصلاً ولا يحل أن يباع العنب بالزبيب كيلاً لا مجموعاً ولا في عوده ولا الزرع بالحنطة لحديث ابن عمر : " نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة " ^(٤) .

والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور القائلين بحرمة المزابنة لورود النهي الصريح عنها قال أنس رضي الله عنه نهى النبي ﷺ عن المزابنة والمحاكلة ^(٥) ولم يستثن من النهي غير العرايا والتي أرخص النبي ﷺ فيها إذا كانت خمسة أوسق فدون ^(٦) ، والوسق ستون صاعاً وهو يساوي في عصرنا (١٣٠٠٠٠ كجم) مائة وثلاثين كجم وخمسمائة وستين من الألف من الجرام ^(٧) ، والله أعلم .

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ٤١٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩ .

(٢) الشرح الصغير جـ ٢ ص ٣١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٧ .

(٣) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٩٣ .

(٤) المحلى جـ ٨ ص ٤٦٥ .

(٥) النظر لفتح الباري جـ ٤ ص ٤٤٨ .

(٦) النظر المغني جـ ٤ ص ٥٨ .

(٧) النظر للبحث الفقهي لأسعاده الدكتور / إسماعيل سالم رحمه الله ص ٥٨ ومراجعته .

" ١١ - فاعل النجش عاص بفعله "

النجش بالفتح وسكون الجيم : تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد ، يقال نجشت الصيد أنجشته بالضم نجشاً ، وشرعاً الجمهور على أنه : الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها ليقع غيره فيها ، سمي بذلك ؛ لأن النجش يثير الرغبة في السلعة ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان في الإثم ، ويقع ذلك بغير علم البائع فيختص بذلك الناجش وقد يختص به البائع كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشترأها به ليغر غيره (١) .

يقول أبو عمر : " وأما النجش فلا أعلم خلافاً بين أهل العلم في أن معناه أن يعطي الرجل الذي قد دسه البائع وأمره في السلعة عطاء لا يريد شراءها به ثمنها ليغر المشتري فيرغب فيها أو يمدحها بما ليس فيها فيغتر حتى يزيد فيها ... وأجمعوا أن فاعله عاص إذا كان بالنهاي عالماً واختلفوا في صحة هذا البيع (٢) .

وكرر نفس الكلام في الاستذكار فقال : " النجش أن يدس الرجل إلى الرجل ليعطي في سلعته التي عرضها للبيع عطاء هو أكثر من ثمنها وهو لا حاجة به إلى شرائها ولكن ليغتر به من أراد شراءها فيرغب فيها ويغتر بعطائه فيزيد في ثمنها لذلك ، أو يفعل ذلك البائع نفسه ليغر الناس بذلك وهم لا يعرفون أنه ربها ، وأجمعوا أن فاعل ذلك عاص بفعله واختلفوا في البيع على هذا إذا وقع (٣) ، ومرة أطلق دون التقيد بالزيادة على ثمن المثل فقال : " لا تختلف الفقهاء أن المناجشة معناها أن يدس الرجل إلى الرجل ليعطي بسلعته عطاء وهو لا يريد شراءها ، ليغتر به من أراد شراءها من الناس " (٤) !!!

(١) راجع لسان العرب مادة نجش ، المصباح المنير ص ٥٩٤ ، فتح الباري ج ٤ ص ٤١٦ ، سبل السلام ج ٣ ص ٣٤ .

(٢) التمهيد ج ١٣ ص ٣٤٨ ، ج ١٨ ص ١٩٣ .

(٣) الاستذكار ج ٢١ ص ٧٧ ، ونلاحظ أن مرة أطلق التحريم دون تقييد بالعلم بالنهاي ، ومرة قيده بعلمه بالنهاي وكلاهما لا يصح فيه الإجماع .

(٤) التمهيد ج ١٨ ص ١٩٣ .

وهذا الإجماع لا يصح ؛ لأن فيه مخالفة بعض الشافعية وابن حزم وابن العربي حيث أجازوه إذا كان يساوم حتى يصل ثمن السلعة إلى الثمن الذي يساوي قيمتها ، وإن كان المعتمد لديهم التحريم - أعني عند الشافعية - .

يقول الخطيب الشربيني عند شرح قول النووي : " والنجش بأن يزيد في الثمن لا لرغبة ، بل ليخدع غيره " .

❁ تنبيه :

قوله : " ليخدع غيره قد يوهم أنه لو زاد ليساوي قيمة السلعة أنه يجوز وجرى على ذلك بعض الشراح والمتجه التحريم لإيذاء المشتري وعموم قوله العلامة " دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " ^(١) (أ.هـ).

ويقول ابن حجر في الفتح : وقال الرافعي : أطلق الشافعي في المختصر تعصية الناجش وشرط في تعصية من باع على بيع أخيه أن يكون عالماً بالنهي ، وأجاب الشارحون بأن النجش خديعة وتحريم الخديعة واضح لكل أحد ، وإن لم يعلم هذا الحديث بخصوصه بخلاف البيع على بيع أخيه فقد لا يشترك فيه كل أحد واستشكل الرافعي الفرق بأن البيع على بيع أخيه إضرار ، والإضرار يشترك في علم تحريمه كل أحد .

قال : فالوجه تخصيص المعصية في الموضوعين بمن علم التحريم (أ.هـ) .

وحكى البيهقي في المعرفة والسنن عن الشافعي تخصيص التعصية في النجش أيضاً بمن علم النهي فظهر أن ما قاله الرافعي بحثاً منصوص ، ولفظ الشافعي : النجش أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطي بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقّدي به السوام فيعطون بها أكثر ما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه فمن نجش فهو عاص بالنجش إن كان عالماً بالنهي والبيع جائز لا يفسد معصية رجل نجش عليه ^(٢) .

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧ .

(٢) فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٧ .

وقد ذكر الأمير الصنعائي عن ابن عبد البر وابن العربي وابن حزم أنهم قالوا : إن التحريم إذا كانت الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل، فلو أن رجلاً رأى سلعة تباع بدون قيمتها فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً ، بل يؤجر على ذلك بنيتة قالوا : " لأن ذلك من النصيحة " !! .

ثم ذكر الصنعائي بأنه مردود ؛ لأن النصيحة تحصل بغير إيهام أنه يريد الشراء ، وأما مع هذا فهو خداع وغرور ^(١) .

وما ذكره صحيح ؛ لأن الجمهور فسروا النجش كما ذكرنا في أول المسألة من عدم التقيد بثمن المثل ، والأصل في هذا الباب حديث ابن عمر : " نهى النبي ﷺ عن النجش " ^(٢) .

وقال ابن أبي أوفى : " الناجش آكل ربا خائن " ، وهو خداع باطل لا يحل ^(٣) .

وجمهور الفقهاء باستثناء بعض الشافعية ، وابن حزم وابن العربي وابن عبد البر على تحريم النجش وأن فاعله عاصٍ لله سواء كان جاهلاً ، أو عالماً أولاً ، كان يزيد في السلعة لتصل إلى قيمتها أو ثمن المثل أو لا ، وقد وافق ابن بطال في حكايته للإجماع قول ابن عبد البر فقال : " أجمع أهل العلم أن الناجش عاصٍ بفعله ، هكذا بالإطلاق كابن عبد البر في إحدى حكاياته " ^(٤) .

❀ وهو رأي الجمهور كما قلنا :

(١) الأحناف :

" ويكره البيع عند آذان الجمعة وكذا النجش وهو أن يزيد في السلعة ولا يريد شرائها ليرغب غيره فيها " ^(٥) .

(١) سبل السلام ج٣ ص ٣٤ ، وراجع فتح الباري ج٤ ص ٤١٦ .

(٢) أخرجه البخاري : انظر فتح الباري ج٤ ص ٤١٦ وسنن ابن ماجه حديث ٢١٧٣ ، سبل السلام ص ٣٣ .

(٣) فتح الباري ج٤ ص ٤١٦ .

(٤) انظر فتح الباري ج٤ ص ٤١٦ ، ٤١٧ ، وسبل السلام ج٣ ص ٣٤ ، الاختيار ج٤ ص ٣٢ .

(٥) الاختيار ج٢ ص ٣٢ .

(٢) ويقول المالكية :

" من البيوع المحرمة والمنهي عنها " وكالنجش وهو الزيادة في المبيع للغرر والناجش هو الذي يزيد في السلعة لا لإرادة شرائها بل ليغير غيره بالزيادة وللمشتري رده حيث علم أن لم يفت وإلا فالقيمة ، أو الثمن فيلزمه الأقل منهما " (١) .

ويقول ابن رشد : " وأما نهيه عليه السلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو أن يزيد أحد في السلعة وليس في نفسه شراؤها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري " (٢) .

(٣) وعند الشافعية :

المعتمد لديهم التحريم يقول في مغني المحتاج : " قوله ليخدع غيره قد يوهم أنه لو زاد ليساوي قيمة السلعة أنه يجوز وجرى على ذلك بعض الشراح والمتجّه التجريم لإيذاء المشتري " (٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

" والنجش منهي عنه وهو أن يزيد في السلعة وليس هو مشترياً لها ليقتردي به المستام فيظن أن لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيغتر بذلك فهذا حرام وخداع " (٤) .

(٥) وعند الظاهرية :

" ذكرنا سابقاً قول ابن حزم أن التحريم إذا كانت الزيادة فيه فوق ثمن المثل فلو زاد لتنتهي إلى قيمته لم يكن ناجشاً عاصياً " (٥) ، والذي تحصل أن ابن عبد البر في حكايته للإجماع في المرة التي أطلق فيها التحريم دون التقييد بالزيادة على ثمن المثل لا يصح فيه الإجماع لوجود

(١) الشرح الصغير ج ٣ ص ٣٨ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٧ .

(٣) مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٧ .

(٤) المغني ج ٤ ص ١٤٨ .

(٥) المحلى ج ٩ ص ١٥ وما بعدها .

مخالفة ابن حزم وابن العربي وبعض الشافعية ، بل هو نفسه قد حكي في موضع آخر الإجماع على خلافه !!

وأما حكايته للإجماع في المرة التي قيدها بالزيادة على ثمن المثل فلا يصح أيضاً لمخالفة جمهور الفقهاء له في ذلك (١) .

❁ والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور بأن الناجش عاصٍ وأثم بفعله وأنه قد ارتكب محرماً ، وأن المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة ، وإن شاء أخذها بثمن المثل وعدم قصر التحريم على الزيادة على ثمن المثل وذلك لما يلي : *الناجش عاصٍ وأثم بفعله* .

(١) صحة الآثار الواردة في النهي عنه فقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن النجش (٢) .

(٢) ما ذكره ابن عبد البر وابن العربي وابن حزم وبعض متأخري الشافعية لو أن رجلاً رأى سلعة رجل تباع بدون قيمتها فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً فيه نظر إذ لم تتعين النصيحة في أن يوهم أنه يريد الشراء وليس من غرضه بل غرضه أن يزيد على من يريد الشراء أكثر مما يريد أن يشتري به ، فالذي يريد النصيحة مندوحة عن ذلك كما يقول ابن حجر أن يعلم البائع بأن قيمة سلعتك أكثر من ذلك ثم هو باختياره بعد ذلك (٣) ، والله أعلم .

(١) فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٦ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٣٤ وما بعدها .

(٢) فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٦ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٣) فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٧ ، المغني جـ ٤ ص ١٤٩ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٤١٠ وما بعدها ، سبل السلام جـ ٣ ص ٣٤ .

" ١٢ - بيع العينة "

قال أبو عمر : " العينة يبيع ما ليس عندك من قبل أن تباعه طعاماً كان أو غيره ، كالذي يبيع الدراهم منك بسلعة كذا وليست عندي ابتاعها لك ، فلم يشترها مني فيوافقه على الثمن الذي يبيعها به منه ثم يوفى تلك السلعة ممن هي عنده نقداً ، ثم يسلمها إلى الذي سألها العينة بما قد اتفق معه عليه من ثمنها فهذه العينة المجتمع عليها ؛ لأنه يبيع ما ليس عندك ، ويبيع ما لم يقبضه ، ولم يستوفه ولم يصر عندك طعاماً أو غيره و ربح ما لم يضمن ، وهذا كله منهي عنه " (١) .

وقال ص ٢٥٧ : " ولم يختلف العلماء في كل ما يكال ، أو يوزن من الطعام كله والإدام أنه لا يجوز بيعه لمن ابتاعه على الكيل والوزن حتى يقبضه كيلاً أو وزناً " (٢) .

بيع العينة من البيوع التي يراد فيها أن تكون حيلة للقرض بالربا، بأن يبيع رجل شيئاً بثمن نسيئة ، أو لم يقبض ، ثم يشتره في الحال - أي يشترى نفس الشيء - وسمى بالعينة ؛ لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً ، وعكسها مثلاً ، مثاله : أن يبيعه الرجل سلعة بثمن إلى أجل معلوم ، ثم يشترها بثمن آخر إلى أجل آخر ، أو نقداً بثمن أقل ، وفي نهاية الأجل الذي حُدد في العقد الأول يدفع الثمن الأول كله فيكون الفرق بين الثمينين فائدة ، أو ربا لصاحب المتاع الذي يبيع بيعاً صورياً .

وقد يوسط المتعاقدان بينهما شخصاً ثالثاً يشترى العين بثمن حال من مريد الاقتراض بعد أن اشتراها هذا من مالها المقرض ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشترى به ، فيكون الفرق رباله " (٣) .

(١) الاستذكار ج ١٩ ص ٢٥٢ .

(٢) الاستذكار ج ١٩ ، ص ٢٥٣ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٦٧ .

وقد اختلف العلماء في الحكم على العقد الثاني مع أن قصد التعامل بالربا واضح من البائع والمشتري .

(١) فقال أبو حنيفة :

هو عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض، والمشتري المقترض إلا أن أبا حنيفة خالف الذي يقتضي القول بصحة هذا العقد ، وذلك استحساناً بنص الحديث في قصة زيد بن أرقم -وسياتي إن شاء الله - ولأن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول فيصير البيع الثاني مبنياً عليه ، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يملكه بعد فيكون البيع الثاني فاسداً ، وقال أبو يوسف : " هذا البيع صحيح بلا كراهة ، وقال محمد : إنه صحيح مع الكراهة " (١) .

(٢) وقال الشافعي وداود الظاهري :

" هذا العقد صحيح مع الكراهة ؛ لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول ولا عبرة في إبطال العقد بالنية التي لا نعرفها بعدم وجود ما يدل عليها أي أن القصد الآثم مرجعه إلى الله ، والحكم على ظاهر العقد شئ آخر ، لذا فإنه يحمل العقد على عدم التهمة " (٢) .

(٢) وقال المالكية والحنابلة :

" إن هذا العقد يقع باطلاً سداً للزرائع لما روى من قصة زيد بن أرقم مع السيدة عائشة : وهي أن العالقة بنت أيفع قالت : دخلت وأنا أم ولد زيد بن أرقم وامراته على عائشة - رضى الله عنها - فقالت أم ولد زيد بن أرقم : " إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم أي حالة " فقالت عائشة : بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغني زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب " رواه الدارقطني ، عن يونس بن إسحاق عن أمه العالقة عن أم محبة عن عائشة .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٧ الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٦٨ .

(٢) السراج الوهاج شرح النهاج ص ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، القوانين الفهية ص ١٨٦ وما بعدها .

واسندلوا من جهة المعقول بالقياس على الذرائع المجمع على منعها بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل منها هي الباعثة على عقدها ؛ لأنه المحصل ^(١).

والخلاصة أن جمهور الفقهاء غير الشافعية قالوا بفساد وهذا البيع وعدم صحته ، وهو الراجح ؛ لأنه ذريعة إلى الربا ، وبه يتوصل إلى إباحة ما نهى الله عنه فلا يصح ، مع أن الشافعي قال عن حديث زيد : " لا يثبت وأيضاً فإن زيدا قد خالفها وإذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس " ^(٢).

ويلحظ أن الشافعية والظاهرية اعتمدوا على ظاهر عقد المتبايعين ، فحكموا بصحته عملاً بمقتضى آية : ﴿ وَأَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٣).

وهذا مردود ؛ لأن الظاهر إنما يعمل به إذا لم تتم قرينة تفيد غيره ، وههنا قرينة العرف المعهود ، وغلبة قصد الناس إلى المحرم ، والشئ المتعارف ينزل منزلة الشرط المنصوص ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، فكان ذلك من أقوى القرائن التي يجب العمل بها ؛ لأنها تجعل الظاهر من أمر البائعين هو التذرع إلى المحرم ، فيبطل بيعهما هو مقتضى الظاهر ^(٤) والله أعلم .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ج٤ ص ٤٦٩ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ج٤ ص ٤٦٩ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته : ج٤ ص ٧٠ ، وراجع نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ٢٠٧ .

" ١٣ - منع دخول المسلم على الذمي في سومه "

قال أبو عمر : " وقد أجمع العلماء على كراهة سوم الذمي على سوم المسلم ، وعلى سوم الذمي " (١) .

وقال : " أجمعوا على كراهية سوم الذمي على الذمي " (٢) .

وقال : " وأجمع الفقهاء أيضاً على أنه لا يجوز دخول المسلم على الذمي في سومه " (٣) .

سام سوماً من باب قال عرضها للبيع ، وسامها المشتري واستامها أي طلب بيعها ، ومنه لا يسم أحدكم على سوم أخيه أي لا يشتري ويجوز حمله على البائع أيضاً وصورته أن يعرض رجل على المشتري سلعته بثمن فيقول آخر عندي مثلها بأقل من هذا الثمن فيكون النهي عاماً في البائع والمشتري (٤) .

وفي هذا الإجماع نظر لوجود مخالفة الإمام الأوزاعي وأشار إلى مخالفة الأوزاعي ابن رشد والصنعائي في سبل السلام وفيه مخالفة أبي عبيد بن حريز من الشافعية أشار إلى ذلك ابن حجر في الفتح، يقول ابن رشد : " واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره ، فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره ، وقال الأوزاعي : لا بأس بالسوم على سوم الذمي ؛ لأنه ليس بأخي المسلم ، وقد قال ﷺ : " لا يسم أحد على سوم أخيه " (٥) .

وقال ابن حجر : " وظاهر التقيد بأخيه أن يختص ذلك بالمسلم وبه قال الأوزاعي ، وأبو عبيد ، وابن حريز من الشافعية ، وقال

(١) الاستذكار جـ ٢١ ص ٦٩ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ٣١٩ .

(٣) التمهيد جـ ١٨ ص ١٩٢ ، راجع الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٥٦٣ .

(٤) راجع المصباح المنير للفيومي في مادة سوم ، ومعجم المصطلحات الاقتصادية للدكتور/نزيه حماد ، مادة سوم ص ١٥٨ ، ط المعهد العالمي للفكر الإسلامي .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٥ ، والحديث رواه مسلم جـ ٥ ص ٣٩٨ باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وانظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٤ سبل السلام جـ ٣ ص ٤٠ ، وراجع تنوير الحوالك جـ ٢ ص ٨٦ .

الجمهور : لا فرق في ذلك بين المسلم والذمي ، وذكر الأخ خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له ^(١) ، و واضح من كلام من نقل الخلاف احتجاج الإمام الأوزاعي وابن حريويه من الشافعية بحديث : " لا يستم المسلم على سوم أخيه " وهو لفظ الإمام مسلم ومفهوم الحديث أن من ليس بأخ للمسلم وهو الكافر أو الذمي فإنه يجوز الدخول على سومه .

أما الجمهور جعلوا ذكر الأخ في الحديث قد خرج مخرج الغالب ولا مفهوم له كما يقول ابن حجر ^(٢) .

(١) الأحناف :-

قال : ويكره السوم على سوم أخيه لقوله الشافعية : " لا يستام على سوم أخيه " وهو أن يرضى المتعاقدان ويستقر الثمن بينهما ^(٣) .

(٢) المالكية :

يقول ابن رشد : " اختلفوا في دخول الذمي في النهي ، فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره " ^(٤) .

(٣) وعند الشافعية :

من المنهي عنه [والسوم على سوم غيره] ، لخبر : لا يسوم الرجل على سوم أخيه .

وهو خبر بمعنى النهي والمعنى فيه الإيذاء وذكر الرجل والأخ ليس للتقيد بل الأول ؛ لأنه الغالب ، والثاني للرافة والعطف فغيرهما مثلهما في ذلك ، ولهذا قال المصنف -أي النووي- والسوم على سوم غيره ^(٥) .

(١) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٤ المحلى جـ ٨ ص ٤٤٧ .

(٢) الفتح جـ ٤ ص ٤١٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٥ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٤١ ، ٤٢ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٨ ، وما بعدها ، تنوير الحوالك جـ ٢ ص ٨٦ .

(٣) الاختيار جـ ٢ ص ٣٢ ، انظر فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٦ ص ٤٧٧ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٥ ، القوانين الفقهية ص ١٩٤ .

(٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧ .

(٤) وعند الحنابلة :

قسموا السوم إلى أربعة أقسام يقول في المغنى : " وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ ، قال : " لا يسم الرجل على سوم أخيه " ولا يخلو من أربعة أقسام أحدها : أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالمبيع فهذا يحرم السوم على ذلك المشتري وهو الذي تناوله النهي ^(١).

(٥) وعند الظاهرية يقول ابن حزم :

" ولا يحل لأحد أن يسوم على سوم آخر ، ولا أن يبيع على بيعه المسلم والذمي سواء ، فإن فعل فالبيع مفسوخ " ^(٢).

❁ والذي يراه الباحث أن رأى الجمهور هو الأولى بالصواب لما قدمناه ؛ ولأن المسلم يجب عليه أن يتعامل مع الناس بنبل فلا يدخل على سوم أحد بعدما اتفق البائع والمشتري على الثمن واستقر السعر وذلك من أجل إفساد الصفقة على هذا الشخص دون أن يرجع ^{مفسوخ} مبرر شرعي يدفعه إلى هذا ، أما أن يكون الدافع لإفساد الصفقة لا غير والطمع فيما في أيدي غيره فهذا لا يليق بإنسان مسلم ^(٣) ، والله أعلم .

(١) المغنى ج٤ ص ١٤٩ ، وما بعدها وراجع العدة ، شرح العمدة ص ١٨٠ .

(٢) المحلى ج٨ ص ٤٤٧ .

(٣) راجع الفقه الإسلامي وأدلته ج٤ ص ٥١٣ .

" ١٤ - جواز بيع المزاد "

قال أبو عمر : " ولكنهم قد أجمعوا على جواز البيع فيمن يزيد " ^(١) ، وقد أشار الصنعائي إلى هذا الإجماع فقال بعد أن ذكر حديث أنس في المزايدة ، وقال ابن عبد البر : إنه لا يحرم البيع فمن يزيد إتفاقاً " ، وقال الصنعائي وقيل إنه يكره ^(٢) .

ونقله كذلك الشوكاني في نيل الأوطار نقلاً عن ابن عبد البر ^(٣) ، وفي هذا الإجماع نظر فقد حكى ابن رشد فيه خلافاً يقول تعليقاً على حديث لا يسم أحد على سوم أخيه " ^(٤) .

ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وإن كان الجمهور على جوازه وسبب الخلاف بينهم ، هل يحمل هذا النهي على الكراهة أو على الحظر ، ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال أو في حالة دون حالة ؟ ^(٥) .

وفي نيل الأوطار ذكر الشوكاني : " وروى عن النخعي أنه كره بيع المزايدة " ^(٦) .

والأصل في هذا الباب ، ما رواه الترمذي وقال : حسن عن أنس : " أنه ﷺ باع حلساً وقدحاً قال : من يشتري هذا الحلس والقدح ، فقال رجل : أخذاهما بدرهم ، فقال : من يزيد على درهم ؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه " ^(٧) .

(١) التمهيد جـ ١٨ ص ١٩١ وراجع معجم المصطلحات الاقتصادية د/ نزيه حماد مادة سوم ص ١٥٨

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٤٣ .

(٣) جـ ٥ ص ١٦٨ ، وانظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٥ .

(٤) أخرجه مسلم جـ ٥ ص ٣٩٨ ، والإمام أحمد في مسنده جـ ٢ ص ٤٢٧ ، ٢١٦ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٩ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٤١ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٥ ، ١٦٦ ، المغني جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٦) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٩ ، فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٥ .

(٧) سنن الترمذي حديث ١٢١٨ ، سنن أبي داود الباب ٢٧ من البيوع وسنن ابن ماجه حديث ٢١٩٨ ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٤١

والحلس : بالكسر كساء يوضع على ظهر البعير تحت البرذعة ويسط في البيت تحت الثياب والجمع أحلاس ، انظر المصباح المنير مادة حلس ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٩ .

والقول ببيع المزاد هو قول الجمهور كما حكى ابن رشد وذكر
ابن عبد البر أنها محل إجماع :

(١) فعند الأحناف :

" أما لو زاد عليه قبل التراضي يجوز وهو المعتاد بين الناس في جميع
البلاد والأمصار وقد صح أن النبي ﷺ باع حلساً في بيع من يزيد ^(١) .

(٢) وعند المالكية قال مالك :

" ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد ،
قال: ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل
من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ، ولم يزل الأمر عندنا
على هذا ^(٢) .

(٣) وعند الشافعية :

" فإن لم يصرح له المالك بالإجابة بأن عرض بها أو سكت أو
كانت المزايدة قبل استقرار الثمن أو كان إذا نادى عليه يطلب
الزيادة لم يحرم ذلك ^(٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

قال ابن قدامة عن قسم من أقسام السوم الأربعة عندهم وهو
جائز: " الثاني أن يظهر من البائع ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم
السوم ، لأن النبي ﷺ باع فيمن يزيد فروى أن رجلاً من الأنصار شكاً
إلى النبي ﷺ الشدة والجهد فقال له : أما بقى لك شئ ، فقال بلى ، قدح
وحلس ، قال : فائتني بهما فأتاه بهما فقال : من يبتاعهما فقال رجل :
أخذتها بدرهم فقال النبي ﷺ من يزيد على درهم من يزيد على درهم
فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه رواه الترمذي وقال حديث حسن ^(٤) .

(١) فتح القدير جـ ص ٤١٧ ، ٤٧٧ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢٤٨ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٢ .

(٢) تنوير الحوالك جـ ٢ ص ٨٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٥ .

(٣) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧ .

(٤) المغني جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٥) ويقول ابن حزم :

" فإن وقف سلعته لطلب الزيادة أو قصد الشراء فمن باعه لا من إنسان يعينه لكن محتاطاً لنفسه جازت الزيادة حينئذ (١) .

❁ والذي يراه الباحث هو صحة بيع المزداد على رأي الجمهور لما يلي :

(أ) صحة الآثار الواردة في بيع النبي ﷺ قدح وحلّس الأنصاري بالمزداد (٢) .

(ب) أن في البيع المزداد مصلحة البائع فحيث لم يرض ولم يستقر الثمن فمن حقه أن يحصل على أعلى سعر تصل إليه سلعته بحيث يطمئن قلبه من عدم الخداع ، أو أنه قد عليه في بيعه (٣) .

(ج) ويقول الدكتور/ وهبة الزحيلي : " وأما المزايدة أو البيع بالمزداد العلني ، وهو أن ينادي على السلعة ، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض تقف على آخر زائد فيها فيأخذها فهو بيع صحيح جائز ولا ضرر فيه " (٤) ، والله أعلم .

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٤٧ .

(٢) فتح الباري ج ٤ ص ٤١٤ ، سبل السلام ج ٣ ص ٤١ ، ٤٢ ، نيل الأوطار ج ٥ ص ١٦٨ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٦ وما بعدها ، فتح الباري ج ٤ ص ٣٨٢ ، ٤١٥ .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٢٣٩ ، نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، وراجع مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٧ حيث يقول : " المزايدة جائزة مع أن ظاهرها سوم على سوم أخي لكن المقصود بالنهي عن السوم هو بعد استقرار الثمن ، والرضا بالبيع فيحرم أما المزايدة فلا تحرم .

" ١٥ - النهي عن بيع الطعام قبل قبضه "

قال أبو عمر عن حديث نافع عن ابن عمر : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه " : هذا حديث صحيح الإسناد مجتمع على القول بجملة .

وقد رواه عبدالله بن دينار عن ابن عمر بلفظ : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبض ، والقبض والاستيفاء سواء ولا يكون ما بيع من الطعام على الكيل والوزن مقبوضاً إلا كيلاً أو وزناً وهذا ما لا خلاف بين جماعة العلماء فيه ^(١) .

وقال عن جواز بيع الطعام في المكان الذي ابتاعه منه ، وذلك إذا استوفاه بالكيل أو الوزن جاز له بيعه بإجماع .

قال : " إجماع العلماء على أنه لو استوفاه بالكيل أو الوزن لجاز له بيعه في موضعه ^(٢) .

وقال : " أجمعوا على أنه لو قبضه وقد ابتاعه جزافاً وحازه إلى رحله وبان به وهما جميعاً في مكان واحد أنه جائز له حينئذ بيعه ، وبه يعلم أن العلة في انتقاله من مكان إلى مكان سواء قبضه على ما يعرف الناس من ذلك ^(٣) .

وفيما ذكره ابن عبدالبر نظر حيث خالف فيه عثمان البتي فقال : " لا بأس أن تبيع كل شيء قبل أن تقبضه كان مكيلاً أو مأكولاً أو غير ذلك من جميع الأشياء " ^(٤) .

وقال العلامة الشوكاني : " لا يجوز لمن اشترى طعاماً أن يبيعه حتى يقبضه من غير فرق بين الجزاف وغيره وإلى هذا ذهب الجمهور ،

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٢٥ ، وراجع الاستذكار جـ ٢٠ ص ٨ ، ١٩ ، ١٨٠ ، ٢٧٠ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٤٣ ، والاستذكار جـ ٢٠ ص ٨ وما بعدها جـ ١٩ ، ص ١٨٠ ، ٢٠٧ .

(٣) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٤٣ الاستذكار جـ ١٩ ص ١٨٠ ، ٢٧٠ .

(٤) انظر موسوعة الإجماع لسعدي أبي حبيب جـ ١ ص ١٩٠ ، وقد مرت الإشارة لهذه المسألة في حكم البيع الفاسد .

وروى عن عثمان البتي : " أنه يجوز بيع كل شي قبل قبضه والأحاديث ترد عليه " (١) .

ونلاحظ أن الشوكاني عبر بالجمهور دون الإجماع .

ويصدر ابن رشد المسألة بعد أن حكى خلاف عثمان البتي ، يقول : " أما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي ؛ وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله ﷺ من حديث مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه " ، واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما يشترط فيه القبض في المبيعات .

الثاني : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط .

الثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً ، وجزافاً (٢) .

والأصل في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه حديث ابن عمر الذي رواه البخاري وغيره أن النبي ﷺ قال : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه " ، زاد إسماعيل : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه " (٣) .

وعن ابن عباس رضيه الله عنه قال : " أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ، قال ابن عباس : ولا أحسب كل شي إلا مثله (٤) .

وحديث أبي هريرة : " من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله " رواه مسلم (٥) .

(١) نيل الأوطار ج٥ ص ١٥٨ ، والتمهيد ج١٣ ص ٣٣٤ ، موسوعة الإجماع ج١ ص ١٩٠ - عثمان البتي سبقت ترجمته .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ١٤٤ ، القوانين الفقهية ص ١٩٣ ، سبل السلام ج٣ ص ٢٧ وما بعدها .

(٣) انظر فتح الباري ج٤ ص ٤٠٩ ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض ، نيل الأوطار ج٥ ص ١٥٧ .

(٤) انظر فتح الباري ج٤ ص ٤٠٩ ، نيل الأوطار ص ٥ ص ١٥٧ .

(٥) انظر صحيح مسلم حديث ٣٩ من البيوع ، نيل الأوطار ج٥ ص ١٥٨ ، سبل السلام ج٣ ص ٢٧ .

وعند أحمد في المسند عن حكيم بن حزام ، قال : " قلت : يا رسول الله : إني اشتريت بيوعاً ، فما يحل منها لي وما يحرم عليّ ؟ وقال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى يقبضه " (١) .

وهو أعم لكل مبيع دون حصره في الطعام ، وأخرج الدارقطني وأبو داود من حديث زيد بن ثابت أن النبي ﷺ : " نهى أن تباع السلعة حين تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم " (٢) .

وكل هذه الأحاديث تدل على أن من اشترى طعاماً أو أي شيء كما هو مطلق في حديث حكيم لا يجوز له بيعه قبل قبضه ، أو قبل أن يستوفيه من غير فرق بين الجزاف وغيره ولأنه بيع فيه غرر لتعرضه إلى الانفساخ بهلاك المعقود عليه فيبطل البيع الأول وينفسخ الثاني (٣) .

إلى هذا ذهب الجمهور - وهو الصواب - إن شاء الله : "لصحة الآثار في ذلك ، ولما فيها من التصريح بالنهى عنه ، والنهى يقتضى الفساد ، كما هو معروف ، باستثناء عثمان البتي " (٤) .

(١) يقول الأحناف :

" ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه ؛ لأنه ﷺ : " نهى عن بيع ما لم يقبض " (٥) .

(٢) وعند المالكية :

❖ البيوع الفاسدة عشرة أنواع :

الأول : بيع الطعام قبل قبضه ، فمن اشترى طعاماً ، أو صار له بإجازة ، أو صلح ، أو أرش جنائية أو صار لامرأة في صداقها أو غير ذلك من المعاوضات فلا يجوز له أن يبيعه حتى يقبضه " (٦) .

(١) انظر مسند الإمام أحمد بن حنبل جـ ٣ ص ٤٠٢ وسنن الدارقطني جـ ٣ ص ٩ .

(٢) انظر سنن الدارقطني جـ ٣ ص ١٣ ، وسنن أبو داود ، كتاب البيوع ٦٧ ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٢٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

(٣) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٤١١ ، ص ٤٧١ .

(٤) انظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، فتح الباري ص ٤١٠ ، ٤١١ .

(٥) فتح القدير جـ ٦ ص ٥١١ .

(٦) القوانين الفقهية ص ١٩٣ ، وانظر حاشية الرهوني على شرح الرزقاني على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٦ بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٤ .

(٣) وعند الشافعية :

" يقبـول الغـزالي : " النظر الثالث : في حكم العقد قبل القبض وبعده ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما لم يقبض " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

" ومن اشترى مكيلاً ونحوه ، وهو الموزون صح البيع ولزم العقد ، ولم يصح تصرفه فيه حتى يقبضه لقوله ﷺ : من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه " (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

" واتفقوا أن من باع سلعة ملكها بعد أن قبضها ونقلها عن مكانها وكالها إن كانت مما يكال ، فإن ذلك جائز " (٣) .

(١) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ص ١١٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) الروض المربع للبهوتي ص ١٥٢ ، ٢٥٣ ، العدة ص ١٨٢ ، المغني جـ ٤ ص ٨٨ .

(٣) انظر مراتب الإجماع ، وانظر المحلى جـ ٨ ص ٣٣٨ ، وانظر المغني جـ ٤ ص ٨٨ وما بعدها ، وانظر موسوعة الإجماع ، جـ ١ ص ١٩٠ ولما يتعلق بهذه المسألة أن ابن عبد البر ذكر الإجماع على عدم بيع العبد الآبق ، والجمل الشارد فقال : " أجمع علماء المسلمين أن مبيع العبد الآبق ، والجمل الشارد ، وإن اشترط عليه البائع ، أنه يرد ، والتمن الذي قبضه منه قدر على العبد أو لم يقدر أو الجمل ، أن البيع فاسد ومردود ، الاستذكار جـ ٢ ص ١٨٥ ، وهذا الإجماع لا يصح أيضاً ؛ لأن عثمان البتي قال : " لا بأس ببيع العبد الآبق والبعير الشارد ، إن هلك فهو من مال المشتري " ، انظر موسوعة الإجماع جـ ١ ص ١٩٠ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، والاستذكار جـ ٢ ص ١٨٥ .

ورأي الجمهور بمنع ذلك أولى لنهي ﷺ عن بيع الغرر وفي بيع العبد الآبق والبعير الشارد غرر كبير لا يمكن التغاضي عنه .

"١٦ - صحة بيع الطعام جزافاً في الصبرة"

قال أبو عمر : " وبيع الطعام جزافاً في الصبرة ونحوها ، أمر مجتمع على إجازته ، وفي السنة الثابتة في هذا الحديث دليل على إجازة ذلك ، ولا أعلم له اختلافاً ، فسقط القول فيه (١) .

وهو يقصد حديث ابن عمر قال : " كانوا يتبايعون الطعام جزافاً في أعلى السوق فنهاهم النبي ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه " (٢) .

هكذا حكى الإجازة بالإطلاق وقد منعه طاوس ، والليث ابن سعد ، ومالك إذا كان البائع يعلم مقدار صبرته وكدسه حتى يعرف المشتري مبلغه ، فإن فعل فهو غاش وجعلوا للمبتاع الخيار إذا علم كالعيب سواء بسواء (٣) .

ويقول ابن حزم : " ومن باع شيئاً جزافاً يعلم كيله أو وزنه أو زرعه أو عدده ولم يعرف المشتري بذلك فهو جائز لا كراهية فيه ، لأنه لم يأت عن هذا البيع نهى في نص أصلاً ولا فيه غش ولا خديعة ومنع منه طاوس ومالك وأجازوه أبو حنيفة والشافعي (٤) .

وقد نقل فيها ابن حجر العسقلاني عن ابن قدامة الإجماع لكن قيده بجهل البائع والمشتري قدرها .

يقول : " وفي هذا الحديث - يقصد حديث سالم عن ابن عمر - جواز بيع الصبرة جزافاً سواء علم البائع قدرها أم لم يعلم وعن مالك التفرقة ، فلو علم لم يصح وقال ابن قدامة : " يجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشتري قدرها " (٥) .

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٤٠ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٤٠ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

والصبرة : هي الكومة من الطعام ، وعن ابن دريد اشترت شئ صبرة أي بلا كيل ولا وزن ، انظر المصباح المنير للفيومي ص ٣٣١ مادة صبر .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٧ ، فتح الباري جـ ٤ ص ٤١١ .

(٤) الخلي جـ ٩ ص ٣٠ ، فتح الباري جـ ٤ ص ٤١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٧ ، ١٤٨ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٠ .

(٥) فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٢ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٣٠ .

ونلاحظ أن ابن حجر وابن قدامة قيّداهما بجهل البائع والمشتري قدر الصبرة وكيلها فكانا أكثر دقة من ابن عبد البر حيث حكى الإجماع بالإطلاق والحجة لمالك وطاوس والليث ومن تابعهم أن علم البائع بالكيل والوزن دون المشتري فيه نوع من الغش والغرر وقد نهى عنها نذرك لا يصح البيع على الجُزاف بعلم أحد طرفي العقد دون الآخر .

والجمهور لم يعتبروا ذلك نوعاً من الغش ، ولأنه كما يقول ابن حزم لم يرد نص بالنهي أصلاً وكذلك لا فرق بين أن يعلم كيله ، أو وزنه ولا يعلمه المشتري ، أو أن يعلم من نسج الثوب ولمن كان ومتى نسج وأين أصيب هذا البرّ وهذا التمر ، ولا يعلم المشتري شيئاً من ذلك والمفرق بينهما مخطئ وقائل بلا دليل .

وما روى من طريق عبد الرزاق قال : " قال ابن المبارك عن الأوزاعي أن رسول الله ﷺ قال لا يحل لرجل أن يبيع طعاماً جزافاً قد علم كيله حتى يعلمه صاحبه .

قال ابن حزم : " وهذا منقطع فاحش الانقطاع " (١) .

لهذا كله لم يشترط الجمهور علم المشتري ، أو جهله ، وعلم البائع ، أو جهله بعدد أو كيل ما يباع جزافاً وأجازوه دون اشتراط ذلك .

(١) يقول الأحناف :

ويجوز بيع الطعام والحبوب مكيّلة أي يشترط عدداً من الكيل ومجازفة أي بلا كيل ولا وزن بل بإراءة الصبرة (٢) .

(٢) وعند المالكية :

" و لا بأس ببيع جميع الطعام والإدام جزافاً بالناس من الورق إذا جهل المشتري والبائع جميعاً كيله ، أو وزنه ، فإن علم البائع كيله وكنتمه كان ذلك عيباً وكان المشتري بالخيار بين الاستمساك والرد " (٣) .

(١) المغلي ج٩ ص ٣٠ .

(٢) فتح القدير ج٦ ص ٢٦٤ ، الاختيار ج٢ ص ٤ .

(٣) مواهب الجليل ج٤ ص ٢٨٥ ، تنوير الحوالك ج٢ ص ٦٧ .

(٣) وعند الشافعية :

" ويصح بيع الصبرة المجهولة الصيعان للمتعاقدين " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

يقول ابن قدامة : " ويجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشتري قدرها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي " (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

" ومن باع شيئاً جزافاً يعلم كிலه ، أو وزنه ، أو ذرعه ، أو عدده ، ولم يعرف المشتري بذلك ، فهو جائز ولا كراهية فيه ، لأنه لم يأت عن هذا البيع نهى في نص أصلاً " (٣) ، والله أعلم .

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٧ ، فتح الباري جـ ٢ ص ٤٦٢ .

(٢) المغني جـ ٤ ص ٣٣ وما بعدها ، المغني جـ ٤ ص ٩٧ .

(٣) المغلي جـ ٩ ص ٣٠ ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٢٩ ، ٣٠ .

" ١٧ - جواز بيع القصيل على القطع "

قال أبو عمر أثناء عرضه لجواز بيع الثمر بعد بدو صلاحها وأمنها من العاهة : " ومن هذا بيع القصيل وشبهة على القطع وهذا أمر لم يختلف فيه " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر حيث خالف فيه سفيان الثوري ، وابن أبي ليلى يقول ابن حزم : " ومنع أبو حنيفة ومالك والشافعي من بيع القصيل حتى يصير حباً يابساً ولم يأت بهذا نص أصلاً ثم تناقضوا فأجازوا بيعه على القطع ، وكل هذا بلا برهان أصلاً لا من قرآن ، ولا من سنة ، ولا قول صاحب ولا قياس ولا رأي له وجه ولا دليل لهم على ما منعوا من ذلك ولا على ما أباحوا وقال سفيان الثوري وابن أبي ليلى لا يجوز بيع القصيل لا على القطع ولا على الترك ، وقول هؤلاء أطرده وأصح في السنبلة قبل أن يشتد " (٢) .

القصيل من فصل الشئ أي قطعه قطعاً قوياً سريعاً فهو قصيل ومقصول ، وقصل الحنطة " درسها وقصل الدابة علفها القصيل ، والقصيل هو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب ، قال الفارابي سُمي قصيلاً : لأنه يقصل وهو رطب وقال ابن فارس لسرعة انقصاله وهو رطب " (٣) .

وجمهور الفقهاء من الأحناف ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة مع منع بيع الزرع قصيلاً أو غيره حتى يصير حباً يابساً ، ويبدو صلاحه ، أما إذا كان على القطع الحالي - لعلف الدواب أو غيرها - فإنه يجوز ولم يمنع من ذلك سوى رواية عن الشافعي بأنه منع بيع الحب في سنبله إذا بدا صلاحه وقد مرّ ذلك من قبل (٤) .

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ١٣٦ .

(٢) المغلي جـ ٨ ص ٤٠٦ ، المغني جـ ٤ ص ٧٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٧ .

(٣) النظر لسان العرب مادة فصل ، المصباح المنير للفيومي ص ٥٠٦ مادة فصل ، المعجم الوسيط ، مادة فصل .

(٤) النظر بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٥٢ ، ١٥٧ ، الإجماع لابن المنذر ص ١٥٩ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٣ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٨٨ .

ولم يخالف في بيع القصيل إلا سفيان الثوري ، وابن أبي ليلى^(١) كما سبق حيث منعنا من بيعه مطلقاً لا على القطع ولا على الترك^(٢) ، وقد ذكرنا أن الأصل في هذه المسألة وما شابهها حديث ابن عمر قال : "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع" ^(٣) .

وحديث أنس بن مالك رضي الله عنه : " أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسودَّ وعن بيع الحب حتى يشتد " ^(٤) ، وقد ذكر الصنعائي والخطيب الشربيني قول الجمهور في اشتراط القطع للثمر إذا بيع قبل بدو صلاحه ، يقول الصنعائي : " وأما قبل الاشتداد فلا يصح إلا بشرط القطع " ^(٥) .

ويقول الخطيب الشربيني : " وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر لا يجوز إلا بشرط القطع وأن يكون المقطوع منتفعاً به " ^(٦) .

أي كعلف لدواب ، أو غيره حتى جزم الخطيب الشربيني بأن ذلك يجوز بالإجماع المخصّص لحديث النهي وقد ذكرنا أنها ليست محل إجماع وإنما فيها الخلاف السابق :

(١) الأحناف :

ف عندهم أن البيع إذا شرط القطع جاز " فإذا كان البيع بشرط القطع جاز " ^(٧) .

منع ملاحظة أنه لا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم محمول على القطع .

(١) ابن أبي ليلى هو محمد بن عبد الرحمن من أصحاب الرأي كان قاضياً وفقهياً مفتياً ١٤٨ هـ ، ترجمته تهذيب التهذيب جـ ٩ ص ٣٠١ ميزان الاعتدال جـ ٣ ص ٨٧ .

(٢) انظر المحلى جـ ٨ ص ٤٠٨ .

(٣) رواه البخاري انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤٦٠ ، سنن أبي داود حديث ٣٣٦٧ وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٨٥ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٢ .

(٤) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤٦٠ ورواه أبو داود في السنن حديث ٣٣٧١ . وانظر سنن ابن ماجه حديث ٢٢١٧ وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٨٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٣ .

(٥) سبل السلام جـ ٣ ص ٨٨ .

(٦) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٧) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٥ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٣ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) المالكية :

" وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع " (١) .

(٣) الشافعية :

" يجوز بيع التمر بعد بدو صلاحه مطلقاً وبشرط قطعه وبشرط إبقائه ، وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر لا يجوز إلا بشرط القطع وأن يكون المقطوع منتفعاً به " (٢) .

(٤) الحنابلة :

" إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال فيصح إن انتفع بهما ، لأن المنع من البيع لخوف التلف ، وحدث العاهة وهذا مأمون فيما يقطع " (٣) .

(٥) الظاهرية :

" وأما بيع القصيل قبل أن يسنبل على القطع فجائز " (٤) .
ونلاحظ أن ابن حزم قد اشترط أن يباع القصيل قبل أن يسنبل فإن حصد السنبل رطباً لم يجز بيعه أيضاً ، لأنه سنبل يمكن فيه بعد أن يشتد ويبيض ، والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور لما يلي :-
(١) أن المنع الوارد في حديث أنس إنما هو لأمن العاهة فإذا أمنت العاهة - وذلك بالقطع ، أو لأخذه لعلف الدواب - فإن ذلك يجوز (٥) .
(٢) أن بيع الزرع قبل الاشتداد مع الأرض بلا شرط صح تبعاً للأرض وكذا الثمار قبل الصلاح إذا بيعت مع الشجر جاز بلا شرط تبعاً .
وهكذا حكم القول في الأرض لا يجوز بيعها دون الزرع إلا بشرط القطع (٦) .
(٣) ونحن مع ابن حزم في قوله إن حصر السنبل رطباً لم يجز بيعه أيضاً لأنه سنبل يمكن فيه أن يشتد ويبيض فيدخل في النهي من بيع الحب حتى يشتد إلا إذا كان في ذلك منفعة معتبرة شرعاً (٧) ، والله أعلم .

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٣ ، الشرح الصغير ج٣ ص ٧٨ ، القوانين الفقهية ص ١٩٦ .

(٢) مغني المحتاج ج٢ ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٣) الروض المربع ص ٢٦٢ ، المغني ج٤ ص ٧٢ ، ٧٩ .

(٤) المغلي ج٨ ص ٤٠٦ .

(٥) انظر الروض المربع ص ٢٦٢ مغني المحتاج ج٢ ص ٨٩ .

(٦) سبل السلام ج٣ ص ٨٨ ، بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٢ ، وراجع القوانين الفقهية ص ١٩٦ .

١٨ - النهي عن بيع حبل الحبله لأنه غرر

وبيع إلى أجل مجهول

قال أثناء عرضه للمخاطرة والغرر في اشتراء ما في بطون الإناث في النساء والدواب : " هذا ما لا خلاف فيه وقد اتفق العلماء على أن بيع ما في بطون الإناث لا يجوز لأنه غرر وخطر ومجهول ^(١) .

ويقول : " لا ينبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه إذا بيعت ؛ لأن ذلك غرر ، قال أبو عمر : جعل مالك استثناء البائع للجنين كاشترائه له لو كان وقد أجمعوا أنه لا يجوز شراؤه ^(٢) .

وقال في النهي البيع إلى الأجل المجهولة : " ولا خلاف بين العلماء أن البيع إلى مثل هذا الأجل المجهول لا يجوز ، وكفى بالإجماع علماً وقد جعل الله ﷻ الأهلة مواقيت للناس وهو معلومة " ^(٣) .

قال في حديث النهي عن حبل الحبله وهو أن يبتاع الرجل الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها وهو تفسير ابن عمر وهو الأجل المجهول ، ولا خلاف بين العلماء أن البيع إلى مثل هذا من الأجل لا يجوز وقد جعل الله الأهلة مواقيت للناس ونهى الرسول ﷺ عن البيع إلى مثل هذا من الأجل وأجمع المسلمون على ذلك وكفى بهذا علماً ^(٤) .

وقال في تفسير آخر لحبل الحبله غير تفسير ابن عمر وهو تفسير أبي عبيد وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وبعض أصحاب مالك أن معناه بيع لولد الجنين الذي في بطن الناقة وهو أيضاً بيع مجمع على أنه لا يجوز ولا يحل لأنه غرر ومجهول وبيع ما لم يخلف وقد أجمع العلماء على أن ذلك لا يجوز في بيع المسلم ^(٥) .

(٧) المحلى جـ ٨ ص ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، وراجع المغني جـ ٤ ص ٧٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٧ .

(١) الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٨٧ ، والظر التمهيد جـ ٩ ص ١٤٣ .

(٢) الاستذكار جـ ١٩ ص ١٤ .

(٣) الاستذكار جـ ٢ ص ٩٧ .

(٤) التمهيد جـ ١٣ ص ٣١٤ .

(٥) التمهيد جـ ١٣ ص ٣١٤ .

حَبْلُ الْحَبْلَةِ مصدر حبَلت تحبِل حبلاً والحبلَة جمع حابل مثل
ظلمة وظالم وكتبة وكاتب والهاء فيه للمبالغة وقيل للإشعار بالأنوثة ،
وقيل حبلَة مصدر سمي به المحبول .

وكان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تُنتَج الناقة ثم تُنتَج التي في
بطنها أي ثم تعيش المولودة حتى تكبر ثم تلد وبظاهر هذه الرواية قال
سعيد بن المسيب فيما رواه عنه مالك وقال به مالك والشافعي وجماعة
وهو أن يبيع بثمن مؤجل إلى أن يلد ولد الناقة .

وقال بعضهم أن يبيع بثمن إلى أن تحمل الدابة وتلد ويحمل ولدها وبه
جزم أبو اسحاق الشيرازي في التنبيه فلم يشترط وضع حمل الولد .

ورواية جويرية عن نافع صرحت باشتراط الوضع فقط والمنع
في هذه الصور الثلاث إنما هو للجهالة في الأجل .

ويقول ابن حجر : " وقال أبو عبيدة ^(١) وأحمد وإسحاق وابن حبيب
المالكي وأكثر أهل اللغة : هو بيع ولد نتاج الدابة ، والمنع في هذا من جهة أنه
بيع معدوم ومجهول وغير مقدور على تسليمه فيدخل في بيع الغرر ولذلك صدر
البخاري بذكر الغرر في الترجمة ورجح التفسير الأول لكونه موافقاً للحديث وإن
كان كلام أهل اللغة موافقاً للثاني " .

وقال ابن التين : محصل الخلاف هل المراد البيع إلى أجل أو
بيع الجنين ؟ وعلى الأول هل المراد بالأجل ولادة الأم أو ولادها ولدها ،
وعلى الثاني هل المراد بيع الجنين الأول أو بيع الجنين الثاني فصارت
أربعة أقوال ^(٢) .

وقد ذكر ابن عبد البر أي ذلك كان فهو ممنوع ولا يجوز وحكي
الإجماع على ذلك وفيما حكاه نظر فمن حيث وجود غرر فيه فقد أباحه
محمد بن سريّن فقد روى الطبري عنه أنه قال : لا أعلم ببيع الغرر بأساً
وقد وجه ابن بطال قوله وقد رده ابن حجر لما رواه ابن المنذر عنه أنه

(١) هو القاسم بن سلام ويكنى أبا عبيد كان حافظاً للحديث وعلمه ، عارفاً بالفقه والاختلاف إماماً في
القراءات، ترجمته تذكرة الحفاظ ص ٤١٧ .

(٢) انظر فتح الباري ج ٤ ص ٤١٩ ، ليل الأوطار ج ٥ ص ١٤٨ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٤ ، ٢٥ ، الفقه
الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٥٠٤ .

قال : " لا بأس ببيع العبد الأبق إذا كان علمهما فيه واحداً ، فهذا يدل على أنه يرى بيع الغرر إن سلم في المال " (١).

وقد حكى ابن حزم في مراتب الإجماع الخلاف فيها دون عزوه قال : " واختلفوا في بيع الغرر وفي بيع الشيء المغصوب والأبق والشارد أي شيء كان مما قد ملك قبل ذلك وفي بيع المجهول وإلى أجل مجهول ، أو في البيع بشرط أيجوز ذلك أم لا " (٢) .

وجمهور الفقهاء على تحريم هذا النوع من البيوع لما فيه من الجهالة والغرر .

(١) الأحناف :

" وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلية " وإنما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة ، أو تموت قبل ذلك (٣) .

(٢) المالكية :

من البيوع التي فيها غرر فلا تحل منها منطوق به ومنها مسكوت عنه فأما المنطوق به في الشرع فمنه نهيه ﷺ عن بيع حبل الحبلية (٤) .

(٣) الشافعية :

" نهى رسول الله ﷺ عن حبل الحبلية وهو نتاج النتاج بأن يبيع . نتاج النتاج أو بثمن إلى نتاج النتاج " (٥) .

(٤) الحنابلة :

نهى النبي ﷺ عن حبل الحبلية وهو نتاج النتاج قاله أبو عبيدة ، وعن ابن عمر قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلية ، وحبل الحبلية أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت وكلا البيعين فاسدا (٦) .

(١) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٨ .

(٢) مراتب الإجماع ص ٨٩ .

(٣) فتح القدير جـ ٦ ص ٤١١ رد المختار جـ ٤ ص ١١١ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٨ ، وانظر تووير الخواالك جـ ٢ ص ٧٥ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ .

(٦) المغني جـ ٤ ص ١٤٧ .

(٥) الظاهرية :

لا يجوز عندهم البيع إلى أجل مجهول ، يقول ابن حزم : " ولا يجوز البيع بثمان مجهول ولا إلى أجل مجهول كالحصاد والعطاء والعصير وما أشبه هذا " (١) .

✽ ورأي الجمهور أولى بالصواب لما يلي :

(١) صحة الآثار الواردة فيه وهي صريحة في النهي عن بيع حبل الحبل (٢) .

(٢) أن الغرر فيها كبير لا يمكن التغاضي عنه وهو منهي عنه لما رواه أحمد أن النبي ﷺ قال : لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر (٣) .

(٣) يضاف لهذا أنه بيع معدوم ومجهول وغير مقدور على تسليمه (٤) ، والله أعلم .

(١) الخلى جـ ٨ ص ٤٤٤ ، ٣٤٢ ، ٣٣٨ ، وما بعدها .

(٢) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٥١٤ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ .

(٤) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٩ فتح القدير جـ ٦ ص ٤١١ ، المغني جـ ٤ ص ١٤٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ ، ١٤٨ ، وانظر الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٥١٤ .

١٩ - النهي عن بيع المضامين والملاقيح

وعسب الفحل

قال أبو عمر : ونهى رسول الله ﷺ عن المضامين والملاقيح وأجمعوا أنه بيع لا يجوز قال أبو عبيد : المضامين ما في البطون وهي الأجنة والملاقيح ما في أصلاب الفحول وهو تفسير ابن المسيب وابن شهاب ، وقال غيرهم بالعكس المضامين ما في أصلاب الفحول والملاقيح ما في بطون الإناث .

قال أبو عمر ، وكيف كان هذا فإن بيع هذا كله باطل لا يجوز عند جماعة المسلمين ^(١) .

وقال : قال أبو عبيد : المضامين ما في البطون وهي الأجنة والملاقيح ما في أصلاب الفحول ، وقال غيره : المضامين ما في أصلاب الفحول ، والملاقيح ما في بطون الإناث ، قال أبو عمر : وأي الأمرين كان فعلماء المسلمين مجمعون ، على أن ذلك كله لا يجوز في بيوع الأعيان ولا في بيوع الآجال ^(٢) .

ونحن هنا نتحدث عن بيع ما في أصلاب الفحول سواء كان ملاقيح كتفسير أبي عبيد ، أو مضامين كتفسير غيره فقد حكى أبو عمر الإجماع على تحريمه .

يقول د/وهبة الزحيلي : واختلفوا في صفة بعض البيوع المنهي عنها على النحو التالي :

(١) بيع المعدوم أو ما له خطر العدم كبيع الضامين (ما في أصلاب الذكور ، والملاقيح أما في أصلاب الإناث وحبل الحبله (نتاج النتاج) ^(٣) .

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ٣١٤ ، ٣١٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٩٧ ، ٩٨ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٥٠٤ .

وقد ورد في تحريم بيع ما في أصلاب الفحول وهو يسمى عَسْب الفحل أحاديث صحيحة حيث روى البخاري عن ابن عمر قال : " نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل " (١) .

وعن أبي هريرة قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضامين والملاقيح " (٢) .

حيث ذكر أن رواه البزار وفي إسناده ضعف وعن جابر : " أن النبي ﷺ نهى عن ضراب الفحل " (٣) رواه مسلم .

وما ذكره أبو عمر محل نظر :

ويقول الشوكاني : واختلف فيه قيل ماء الفحل ، وقيل أجره الجماع وأحاديث الباب تدل على أن بيع ماء الفحل وإجارته حرام ؛ لأنه غير متقوم ، ولا معلوم ، ولا مقدور على تسليمه ، وإليه ذهب الجمهور .

وفي وجهه للشافعية والحنابلة وبه قال الحسن وابن سيرين وهو مروى عن مالك أنها تجوز إجارة الفحل للضراب مدة معلومة (٤) ، وقد ذكر ابن القيم وجه الحنابلة عن أبي الوفاء بن عقيل ، قال : سمي أجره ضرابه بيعاً إما لكونه المقصود هو الماء الذي له فالثمن مبذول في مقابلة عين مائه وهو حقيقة البيع ، وإما أنه سمي إجارته بيعاً ، إذ هي عقد معاوضة وهي بيع المنافع والعادة أنهم يستأجرون الفحل للضراب ، وهذا هو الذي نهى عنه ، والعقد الوارد عليه باطل سواء كان بيعاً ، أو إجارة وهذا قول جمهور العلماء .

وقال أبو الوفاء بن عقيل : ويحتمل عنده الجواز ، لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه على الأنثى وهي منفعة مقصودة ، وماء الفحل يدخل تبعاً والغالب حصوله عقب نزوه فيكون كالعقد على الظئر - المرضع - ليحصل اللبن في بطن الصبي (٥) .

(١) سنن الترمذي حديث ١٢٧٣ وسنن الدرامي ج ٢ ص ٢٧٣ .

(٢) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٥٩ .

(٣) ج ٥ ص ٣٩٥ بشرح النووي .

(٤) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٢٧ ، ص ٤٤٠ ومراجعته .

(٥) انظر زاد المعاد ج ٥ ص ٧٩٤ ط مؤسسة الرسالة ١٤٠٧-١٩٨٧ .

وكما لو استأجر أرضاً وفيها بئر ماء فإن الماء يدخل تبعاً ، وقد يغتفر في الأتباع ما لا يغتفر في المتبوعات ^(١) .

فواضح أن المسألة خلافية لكن أشهر المخالفين في ذلك هو الإمام محمد بن سريين ، حيث أن النهي عن بيع ما في أصلاب الفحول إنما هو للجهالة والغرر وكان الإمام محمد بن سريين لا يري بأساً ببيع الفرر ، يقول الحافظ في الفتح : " وروى الطبري عن ابن سريين إسناد صحيح قال : لا أعلم ببيع الغرر بأساً ، قال ابن بطال : العلم لم يبلغه النهي وإلا فكل ما يمكن أن يوجد وأن لا يوجد لم يصح ، وكذلك إذا كان لا يصح غالباً ، فإن كان يصح غالباً كالثمرة في أول بدو صلاحها ، أو كان مستتراً فيها كالحمل مع الحمل جاز لقلة الغرر ولعل هذا هو الذي أراده ابن سريين ويقول بن حجر لكن منع من ذلك ما رواه ابن المنذر عنه أنه قال : لا بأس ببيع العبد الأبق إذا كان علمهما فيه واحد فهذا يدل على أنه يرى بيع الغرر في المآل ^(٢) ، والله أعلم .

أما جمهور العلماء فعلى تحريم بيع أو إجارة ما في أصلاب الفحول سواء سمي ملاقيح كتفسير ابن عبيد وابن المسيب أو سمي مضامين أيضاً كتفسير غيرهم : أو سمي عشب الفحل كما ورد في الحديث ^(٣) .

(١) الأحناف :

عندهم البيوع غير الصحيحة منها الفاسد كالمزابنة والمحاكلة والملاسة والمنابذة وبيع الحصاه ونحوها مما فيه جهالة وأما ما عداها فباطل فبيع الملاقيح والمضامين وحبل الحلبة باطل لنهي ﷺ لما فيه من الغرر ^(٤) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ ، طبعة الكتب العلمية ، بيروت .

(٢) فتح الباري ج ٤ ص ٤١٨ .

(٣) انظر فتح الباري ج ٤ ص ٤١٨ ، ونيل الأوطار ج ٥ ص ١٤٦ .

(٤) زاد المعاد ج ٥ ص ٧٩٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٢٧ ، فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ ، انظر رد

المختار ج ٤ ص ١١١ وما بعدها ، نصب الراية للزيلعي ج ٤ ص ١٠ .

(٢) المالكية :

يقول ابن جزي " في بيع الغرر وهو ممنوع للنهي عنه والغرر على عشرة أنواع ، كذلك بيع ما لم يخلق كبيع حبل الحبلية وهو نتاج ناتج الناقة وبيع المضامين وهو ما في ظهور الفحول ^(١) .

(٣) الشافعية :

نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل وهو ضرباه ويقال مأؤه ويقال أجرة ضرباه فيحرم ثمن مائه وكذا أجرته في الأصح ^(٢) .

(٤) الحنابلة :

" يقول الخرقي وبيع عسب الفحل غير جائز ويقول ابن قدامة روى سعيد بن المسيب أن النبي نهى عن بيع المضامين والملاقيح ^(٣) .

(٥) الظاهرية :

لا يصح هذا البيع ؛ لأنه غير معروف الكمية ، والماهية ، يقول ابن حزم : " اتفقوا أن بيع جميع الشيء الحاضر الذي يملكه بئعه كله ملكاً صحيحاً أو يملكه على بيعه كذلك ، وأيديهما منطلقة ، ويكون البائع والمشتري يعرفانه فيعرفان ماهيته ، وكميته " ^(٤) .

❖ ورأي الجمهور هو الأولى بالصواب لما يلي :

أولاً : أن الآثار التي وردت في النهي عن بيع ما في أصلاب الفحول صريحة في النهي وهي آثاره صحيحة ^(٥) .

ثانياً : أنه لا يقدر على تسليم المعقود عليه فأشبهه إجارة الأبق فإن ذلك متعلق باختيار الفحل ، وشهوته .

(١) القوانين الفقهية جـ ١٩٢ ص ٢٠٦ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ :

(٣) المغني جـ ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٨ .

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٣ .

(٥) فتح الباري جـ ٤ ص ٤١٨ ، ليل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ .

ثالثاً : أن المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد فإنه مجهول القدر ، والعين وهذا يخلاف إجارة الظئر ، فإنها احتلت بمصلحة الأدمي فلا يقاس عليها غيرها ^(١) .

رابعاً : قد يقال أن النهي عن ذلك من محاسن الشريعة وكما لها فإن مقابلة ماء الفحل بالأثمان وجعله محلاً لعقود المعاوضات مما هو مستقبح ومستهجى عند العقلاء وفاعل ذلك عندهم ساقط من أعينهم .

خامساً : أن ماء الفحل لا قيمة له ولا هو مما لا يعاوض عليه ولهذا لو نزا فحل على بهيمة لرجل فأولدها فالولد لصاحب البهيمة اتفاقاً لأنه لم ينفصل عن الفحل إلا مجرد الماء وهو ما لا قيمة له ^(٢) .

❁ والذي يراه الباحث صحة رأي الجمهور وأن بيع المضامين والملاقيح أو بيع ما في أصلاب الفحول عموماً لا يجوز .

(١) لأنه غرر ومما يجهل قدره / ولما روي الجماعة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر ^(٣) .

(٢) لكونه أيضاً بيع مجهول وغير مقدور على تسليمه فيدخل في البيوع المنهي عنها ولما رواه الإمام أحمد عن ابن مسعود أن النبي ﷺ ، قال لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر ^(٤) ، والله أعلم .

(١) زاد الميعاد جـ ٥ ص ٧٩٥ ، فتح الباري جـ ٣ ص ٤١٨ ، ٥٣٩ .

(٢) زاد الميعاد جـ ٥ ص ٧٩٥ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، المغني جـ ٤ ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، فتح الباري جـ ٤ ص ٥٣٩ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٤ .

(٤) النظر ليل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ ، والنظر القوانين الفقهية ص ٢٠٦ ، والنظر الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٥٠٤ .

٢٠ - النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه

بيع الحب في سنبله إذا يبس واستغنى عن الماء

قال أبو عمر : " ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل في معنى ثمر النخل وأنه إذا بدا صلاحه ، وطاب أوله حل بيعه " (١) .

وقال : " وروى عن الشافعي أنه أجاز بيع الحنطة زرعاً في سنبله وهو ما لا خلاف فيه عن جماعة فقهاء الأمصار وأهل الحديث (٢) وما ذكره ابن عبد البر هو رأي الجمهور وليس إجماعاً .

يقول ابن رشد : " اختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء ، مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ، وقال الشافعي : لا يجوز بيع السنبل نفسه ؛ لأنه من باب الغرر ، قياساً على بيعه مخلوطاً بنبته بعد الدرس " (٣) (٤) .

وذكر المسألة ابن المنذر لكنه ذكر رجوع الشافعي إلى قول الجمهور فقال : " أجمعوا على نهى النبي ﷺ عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن من العاهة ، نهى البائع والمشتري ، وانفرد الشافعي ، ثم بلغه حديث ابن عمر فرجع عنه (٥) .

والأصل في المسألة حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع " (٦) .

(١) التمهيد جـ ١٤ ص ٣٠٣ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٠٠ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٢ .

(٤) انظر موسوعة الإجماع جـ ١ ص ٢٠٦ .

(٥) الإجماع ص ١٥٩ ، ليل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٣ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٥٨ .

(٦) انظر فتح الباري جـ ٤ ص ٤٦٠ وسنن أبي داود حديث ٣٣٦٧ وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٨٥ .

وحديث أنس بن مالك رضي الله عنه : " أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغنم حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد " (١) .

وانظر تعليق ابن حجر عليه حيث وثّم من نقل الإجماع على ما ذكره ابن عبد البر مما يوحى بوجود خلاف فيها ، وقد ذكر أيضا الخلاف العلامة الصنعاني في سبل السلام ، وإن كان حنطة ، أو نحوها مما تستر حباته بالقشور التي تزال في الدياس ففيه قولان للشافعي الجديد أنه لا يصح والقديم أنه يصح " (٢) .

ووصف الإمام الشوكاني الإجماعات التي وردت في بيع الثمر حتى يبدو صلاحه بالمجازفة ، وهذا يوضح لنا أن ما ذكره ابن عبد البر هو رأي الجمهور وليس إجماعاً .

فالجمهور على أنه يجوز بيع الثمر إذا بدا صلاحه وبيع السنبل إذا اشتد وابيض ، وأما إن كان البيع بعد بدو الصلاح

(١) الأحناف :

فإن كان البيع بشرط القطع جاز وإن باع مطلقاً مجرداً عن الشرط جاز أيضاً (٣) .

(٢) المالكية :

واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة (٤) .

(٣) الشافعية :

يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقاً ، ويحرم بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط قطعة فإن بيع مع أو بعد اشتداد الحب جاز بلا شرط (٥) أي بلا اشتراط للقطع .

(١) انظر سنن أبي داود حديث ٣٣٧١ وسنن ابن ماجه حديث ٢٢١٧ ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٨٧ ، وانظره في فتح الباري جـ ٤ ص ٤٦٠ ونبيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٣ .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٨٨ ، وانظر نبيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٣ .

(٣) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٥ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٣ وما بعدها .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٢ الشرح الصغير جـ ٣ ص ٧٨ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٩٠ .

(٤) الحنابلة :

ولا يباع ثمر قبل بدو صلاحه ولا يباع زرع قبل اشتداد حبه لما روى مسلم عن ابن عمر نهى عليه السلام عن بيع السنبل حتى يشتد ويبدو الصلاح أن تحمر أو تصفر وفي بقية الثمرات أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله ^(١) .

(٥) الظاهرية :

يقول : عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد ولا يصح غير هذا أصلاً وهكذا روينا عن جمهور السلف ، ذكرنا قبل نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى ترهى وتحمر ، فلا يجوز بيعها قبل أن ترهى أصلاً وأباح عليه السلام اشتراطها فيجوز ما أجاز عليه السلام ويحرم ما نهى عنه وما ينطق عن الهوى ^(٢) .

❁ والذي يراه الباحث هو صحة رأى الجمهور للأثر والقياس :

(١) الأثر ما روى عن نافع عن ابن عمر : " أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخيل حتى ترهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة نهى البائع والمشتري " ، وهي زيادة على ما رواه مالك في هذا الحديث وروى عن الشافعي أنه لما وصلت هذه الزيادة رجع عن قوله ^(٣) ، والحديث سبق تخريجه ^(٤) .

(٢) ما ذكره الشافعي من أن ذلك من باب الغرر ، قياساً على بيعه مخلوطاً بتبته بعد الدرس لا يصح ، لأنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث فسقطت حجة .

(٣) أضف إلى ذلك أن الشافعي نفسه روى عنه الرجوع إلى قول الجمهور ، فكان رأيهم أولى بالصواب ^(٥) .

(١) الروض المربع ص ٢٦٣ المغني ج٤ ص ٧٢ .

(٢) المغلي ج٨ ص ٤٢٤ وما بعدها ، ص ٤٠٥ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٣ .

(٤) النظر سبل السلام ج٣ ص ٨٥ .

(٥) بداية المجتهد ج٢ ص ١٠٣ ، سبل السلام ج٣ ص ٨٨ ، ليل الأوطار ج٥ ص ١٧٣ والنظر موسوعة الإجماع ج١ ص ٢٠٦ .

" ٢١ - عدم جواز بيع القرد وأكل ثمنه "

قال أبو عمر : " ولم يختلفوا في القرد والفأر وكل ما لا منفعة فيه أنه لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا أكل ثمنه (١) .

وكرر في التمهيد فقال : " لا أعلم بين علماء المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه لأنه مما لا منفعة فيه " (٢) .

(١) وفي هذا الادعاء نظر :

حيث إن المعتمد عند الحنفية جواز بيعه للانتفاع بجلده ، يقول عبدالله بن محمود ابن مودود الموصلي : ت ٦٨٣ هـ عما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه : " وعن أبي يوسف أنه : أنه لا يجوز بيع الكلب العقور ، لأنه ممنوع عن إمساكه مأمور بقتله ويجوز بيع الفيل ، وفي القرد روايتان عن أبي حنيفة والأصح الجواز ؛ لأنه ينتفع بجلده " (٣) .

(٢) ونلاحظ أن ابن عبدالبر :

قد علل النهي عن بيعه وأكل ثمنه كونه غير منتفع به ، لأنه لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه فعند المالكية يقول ابن جزي : وأما الثمن والمثمون : فيشترط في كل واحد منهما أربعة شروط وهي : أن يكون طاهراً ، منتفعاً به ، معلوماً ، مقدوراً على تسليمه . ظاهر كلامه جواز بيع كل ماله منفعة وتوافرت فيه باقي الشروط (٤) .

(٣) أيضاً فيه مخالفة الشافعية :

حيث أباحوه للحراسة ، يقول الخطيب الشربيني في شرح شروط البيع : " الثاني من شروط المبيع النفع أي الانتفاع به شرعاً ولو في المال كالجش الصغير فلا يصح نفع فيه لأنه لا يعد مالاً ، فأخذ المال في مقابلته ممتنع للنهي عن إضاعة المال ، وعدم منفعتة إما لخسسته

(١) الاستذكار ج ٢٠ ص ١٢٤ .

(٢) التمهيد ج ١ ص ١٥٧ ، وانظر الكافي ص ١٨٦ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ١٠ .

(٤) القوانين الفقهية ص ١٨٤ ، بداية التمهيد ج ٢ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

كالحشرات التي لا نفع فيها وهي صغار دواب الأرض كالخنفساء والحية والعقرب والفأرة والنمل ولا عبرة بما يذكر من منافعها في الخواص ولا سبع أو طير لا ينفع كالأسد والذئب والحدأة والغراب غير المأكول ولا نظر لمنفعة الجلد بعد الموت ولا لمنفعة الريش في النبل ، ولا لاقتناء الملوك لبعضها للهيبة والسياسة .

أما ما ينفع من ذلك كالفهد للصيد والفيل للقتال والقرود للحراسة والنحل للعسل ، والعنديل للأنس بصوته والطاووس للأنس بلونه والعلق لامتناس الدم فيصح (١) .

(٤) وظاهر مذهب الحنابلة :

حل بيعه ، لأنهم أباحوا بيع ما له منفعة من السباع يقول البهوتي : " والشرط الثالث : أن يكون العين المعقود عليها أو على منفعتها (مباحة النفع من غير حاجة) بخلاف الكلب ، لأنه إنما يقتني لصيد أو حرث ، أو ماشية ، وبخلاف جلد ميتة ولو مدبوغاً ، لأنه إنما يباح في يابس والعين هنا مقابل المنفعة فتناول ما في الذمة (كالبغل والحصار) لأن الناس يتبايعون ذلك في كل عصر من غير تكير (وكدود القز) لأنه حيوان طاهر يقتني لما يخرج منه (وكبزره) لأنه ينتفع به في المال (وكالفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد) كالفهد والصقر ، لأنه يباح نفعها واقتناؤها مطلقاً إلا الكلب فلا يصح بيعه لقول ابن مسعود : نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب " متفق عليه ، ولا يبيع آله لهو وخمر ولو كانا ذميين ، والحشرات لا يصح بيعها ، لأنه لا نفع فيها إلا علقاً لمس الدم وديداناً لصيد السمك " (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

اشتراط ابن حزم المنفعة ليصح البيع للحيوان فقال أثناء عرضه لما لا يحل بيعه : " ... ولا تمراً قبل أن يصرم ولا محرماً ، ولا صليباً ، ولا صنماً ،

(١) مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢ .

(٢) الروض المربع ص ٢٣٤ ، المعتمد شرح المعتمد ص ١٧٩ .

ولا كلباً، ولا سنوراً ، ولا حيواناً لا ينتفع به ولا نخلاً " ^(١)، وهذا يعني أن القرد إذا انتفع به فقد حلّ بيعه .

والذي يراه الباحث : جواز بيع القرد وغيره من الحيوانات إذا وجدت منها منفعة معينة أو على الأقل رفع اليد عن الاختصاص في مقابل مال لما يلي ...

(١) أن الفقهاء قد اشترطوا في المثلون ، أو المبيع جواز الانتفاع به فإذا وجد هذه المنفعة فقد جاز البيع وابن عبد البر نفسه ذكر أنه لا منفعة فيه وهذا يعني أنه إذا وجدت المنفعة فقد صح بيعه ^(٢) .

(٢) أنه حيوان طاهر فلا مانع إطلاقاً من بيعه ^(٣) .

(٣) ليس هذا فحسب بل الحاجة في عصرنا الحاضر ملحة في جواز اقتناء القرد و بيعه خاصة لمعامل التجارب التي تستعين به كثيراً في تجاربها على أنواع الأدوية المختلفة والعمليات الجراحية قبل تطبيقها على الإنسان وذلك لوجود تشابه كبير بين تركيب الإنسان والقرد في حيث الجسم والأعضاء ولا يشك أحد في أهمية هذه التجارب في المحافظة على حياة الإنسان والأخذ به إلى سبيل الصحة والرفاهية وهذا مطلب أساسي من أهم مطالب الإسلام ، لذا يرى الباحث أنه لا مانع شرعاً من جواز بيعه أو شرائه ^(٤) والله أعلم .

(١) مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٢) القوانين الفقهية ص ١٨٤ ، العمدة ص ١٧٩ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٤ وما بعدها .

(٤) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٤ ، وما بعدها .

" ٢٢ - ثمار النخيل يباع أصله ، هل تدخل الثمرة فيه ؟ "

الأتارُ عند أهل العلم وأهل اللغة : لقاح النخل ، يقال منه : أبرَ النخل : يؤبرها أبراً ، من باب ضرب ، وقتل ، لَقَحْتُهُ وأبرته تأبيراً مبالغة وتكثير (١) .

قال الخليل : الأبار : لقاح النخل ، قال : والأبارُ أيضاً علاج الزرع بما يصلحه من السقي والتعاهد (٢) ، والعلماء قد اختلفوا في ثمار النخيل يباع أصله .

(١) فقال مالك والشافعي وأصحابهما والليث بن سعد والحنابلة :

إذا كان في النخل ثمر ، وقد أبر قبل عقد البيع فهو للبائع ، إلا أن يشترطه المشتري فإن اشترطه المشتري في صفقة واحدة فهو له وإن كان النخل لم يؤبر ، فالثمر للمشتري بالعقد من غير شرط (٣) .

(٢) وقال الأحناف والأوزاعي (٤) :

إذا باع الرجل نخلاً أو شجراً فيها ثمر قد ظهر فهو للبائع إذا لم يشترطه المشتري ، وعليه قلعه من شجر المشتري ومن نخله ، وليس له تركه إلى الجداد ، ولا إلى غيره وسواء عندهم أبر أو لم يؤبر إذا كان قد ظهر في النخل (٥) .

وقد ذكر أبو عمر أن حجة الأحناف " الإجماع على أن الثمرة لو لم تؤبر حتى تنأهت وصارت بلحاً ، أو بسراً وبيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه (٦) .

(١) المصباح المنير مادة أبر ، المفني ج ٤ ص ٦٣ ، الاستذكار ج ١٩ ص ٨٢ .

(٢) انظر لسان العرب مادة أبر ، والاستذكار ج ١٩ ص ٨٢ ، الروض المربع للبهوتي ص ٢٦٢ .

(٣) الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٥٥ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٨٤ وما بعدها .

(٤) هو أبو عمرو عبدالرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي فقيه الشام وصاحب مذهبهم في حياته وبعدها يكنى أبا عبدالرحمن ، ولد في بعلبك سنة ٨٨ هـ وتوفي ١٥٧ هـ ، وانظر حلية الأولياء ج ٦ ص ١٣٥ ، سير أعلام النبلاء ج ٧ ص ١٠٧ .

(٥) فتح القدير ج ٦ ص ٢٤٧ وما بعدها ، الاختيار ج ٢ ص ١٥١ ، وانظر المفني ج ٤ ص ٦٣ .

والاستذكار ج ١٩ ص ٨٤ وما بعدها ، نيل الأوطار ج ٥ ص ١٧٢ .

(٦) الاستذكار ج ٩ ص ٨٦ .

(٣) وفي هذا الإجماع نظر لمخالفة ابن أبي ليلى له :

حيث قال : " سواء أٌبر النخل أو لم يؤبر إذا بيع أصله فالثمرة للمشتري اشترطها ، أو لم يشترطها ، لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقه فكانت تابعة له كالأغصان وكسعف النخل (١) .

وقد ذكر ابن المنذر (٢) خلاف ابن أبي ليلى في المسألة فقال : " وأجمعوا على أن من باع نخلاً لم يؤبر فثمرها للمشتري ، وانفرد ابن أبي ليلى فقال الثمر للمشتري وإن لم يشترط ، لأن ثمر النخل من النخل " (٣) .

وكذلك ذكر ابن حزام أن المسألة خلافية فقال : " اختلفوا فيمن باع شجراً فيه ثمر ظاهراً ، أو أرضاً فيها زرع ظاهر قد طاب كل ذلك ، أو لم يطب منه شيء ، أو طاب بعضه ، ولم يطب بعضه لمن الثمر والزرع إن اشترطه المبتاع أهو له أم لا ؟ واختلفوا فيه أهو للبائع أو هو للمبتاع إن لم يشترطه المبتاع (٤) .

وقد ذكر خلاف ابن أبي ليلى سعدى أبو حبيب في موسوعة الإجماع (٥) .

والغريب حقاً أن ابن عبد البر كان يعلم بمخالفة ابن أبي ليلى !! ومع هذا ذكر المسألة بلفظ الإجماع ؟ ! .

فقال : وقال ابن أبي ليلى : سواء أٌبر النخل أو لم يؤبر إذا بيع أصله فالثمرة للمشتري اشترطها ، أو لم يشترطها ... ثم علق على ذلك بقوله : " هذا أشد خلافاً للحديث وبالله التوفيق " (٦) .

(١) المغني ج٤ ص ٦٣ وذكر أيضاً هذه المخالفة الشوكاني في نيل الأوطار ج٥ ص ١٧٢ .

(٢) وابن المنذر هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري يكنى أبا بكر ابن المنذر حدد الزركلي مولده في ٢٤٢ هـ وتوفي بمكة في ٣٦٨ هـ ، وفيات الأعيان ج٤ ص ٢٠٧ ، الاعلام ج٦ ص ١٨٤ .

(٣) الإجماع ص ١٥٩ ، هو عبدالرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني ثم الكوفي ثقة من الثابة مات بوقعة الجماجم سنة ست وثمانين ، انظر تقريب التهذيب ج١ ص ٥٨٨ .

(٤) مراتب الإجماع ص ٨٧ .

(٥) موسوعة الإجماع ج١ ص ٢٠٦ مسألة ٦٥٩ ، وانظر بداية المجتهد ج٢ ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، مغني المحتاج ج٢ ص ٨٦ ، ٨٧ .

(٦) الاستذكار ج١٩ ص ٨٦ .

وهو يقصد حديث ابن عمر الذي رواه مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ قال : " من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " (١) .

(٤) وعند الظاهرية :

من باع أصول نخل وفيها ثمرة قد أبرت فلمشتري أن يشترط جميعها إن شاء ، أو نصفها ، أو ثلثها ، أو جزءاً كذلك مسمى مشاعاً في جميعاً أو شيئاً منها معيناً فإن وجد بالنخل عيباً ردها ولم يلزمه رد الثمرة؛ لأن بعض الثمرة ثمرة ، قوله عليه السلام : " وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع " (٢) .

❖ والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور لما يلي :

١ - لقوله عليه السلام : " من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " ، وهو حديث صحيح رواه الإمام مالك في الموطأ والبخاري في صحيحه (٣) .

وهو حجة في رد قول ابن أبي ليلى ؛ لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري وإلا لم يكن حداً ولا كان ذكر التأبير مفيداً (٤) .

٢ - ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع لظهوره كالحمل في الحيوان فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية (٥) .

٣ - أن قول ابن أبي ليلى بالفعل كما قال ابن عبد البر أشد خلافاً للحديث (٦) ، والله أعلم .

(١) والحديث في الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٥٥ حديث رقم ٧٩٢ باب ٢١ من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال ، وانظر فتح الباري ج٤ ص ٤٠١ .

(٢) المغلي ج٨ ص ٤٢٦ .

(٣) انظر الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٥٥ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٠١ ، انظر المغني ج٤ ص ٦٣ .

(٤) انظر الموطأ ص ٢٥٥ ، المغني ج٤ ص ٦٣ ، فتح القدير ج٦ ص ٤١٦ .

(٥) المغني ج٤ ص ٦٣ .

(٦) الاستدكار ج١٩ ص ٨٦ ، ليل الأوطار للشوكاني ج٥ ص ١٧٢ ، مغني المحتاج ج٢ ص ٨٨٢ ، ٨٧ .

" ٢٣ - جواز بيع السلم "

قال أبو عمر أثناء حديثه عن بيع الدين بالدين عند مالك وأصحابه... ثم قال : " لإجماعهم على جواز بيع السلم وبيع السلم بالنسيئة فدل على أن الدين بالدين ما اعترف الدين طرفيه جميعاً ^(١) .

لكننا نجد سعيد بن المسيب قد خالف هذا الإجماع وقد نقل هذا الخلاف الرملي في شرحه نهاية المحتاج شرح المنهاج للنووي قال : "والأصل فيه من قبل الإجماع إلا ما شذ عنه ابن المسيب " ^(٢) .

ويقول ابن حزم : " وأما دعواهم الإجماع على جواز الإقالة في السلم قبل القبض فباطل وإقدام على الدعوى على الأمة ، وما وقع الإجماع قط على جواز السلم فكيف على الإقالة فيه ^(٣) .

ونلاحظ أن ابن حزم رفض دعوى الإجماع أصلاً على جواز السلم مما يدل على أنه يعلم فيه خلافاً ، وقد رجح أبو الضياء نور الدين الشبراملسي أن الشذوذ هنا مخالفة قول الجميع بالإباحة لا مخالفة في كيفية الجواز ^(٤) .

وقد نقل هذه المخالفة أيضاً أحمد بن محمد المرتضى في البحر الزخار قال : " أجمعوا على كونه مشروعاً إلا سعيد بن المسيب " ^(٥) .

ويبدو أن سعيد بن المسيب ^(٦) قد استدل على رأيه هذا بالعموم في حديث نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك ، وهو حديث صحيح : فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : قلت : يا رسول الله يأتيني الرجل

(١) الكافي ص ٣٦٤ .

(٢) نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي ج٤ ص ١٨٢ .

(٣) المغلي ج٩ ص ٤ .

(٤) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ج٤ ص ١٨٢ .

(٥) البحر الزخار ج٤ ص ٣٩٧ .

(٦) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي أبو محمد أحد الفقهاء السبعة بالمدينة توفي

٩٤ هـ ترجمته في الأعلام للزركلي ج٣ ص ١٠٢ .

فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه ، ثم أبتاعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك " (١) .

✽ وقول سعيد هذا لا يصح ؛ لأنه مخالف للأدلة الشرعية :

(١) ففي القرآن لمّا نزلت : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ (٢) ، قال ابن عباس : " نزلت في السّلم خاصة " .

(٢) أمّا السنة فقد وردت أحاديث عديدة في إباحة السلم أشهرها حديث ابن عباس المتفق عليه قال : " قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " (٣) .

(٣) والمعقول ؛ لأن المثلث في البيع أحد عوضي العقد ، فجاز أن يثبت في الذمة كالثلث ؛ كما يقول ابن قدامة : في المغنى (٤) .

وقد أجز حكمه بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس ، ولكن بشرائط مخصوصة ، بيّنها حديث ابن عباس السابق (٥) يضاف إلى ذلك أن المذاهب الأربعة والظاهرية متفقون على جوازه ...

(١) قال القدوري ت ٤٢٨ هـ :

والسلم جائز في المكيلات في العروض ، والموزونات ، والمعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض (٦) .

(١) وأخرجه أبو داود - كتاب البيوع - باب الرجل يبيع ما ليس عنده ، والترمذي ، كتاب البيوع باب في كراهية بيع ما ليس عندك ، ج٣ ص ٥٣٤ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ ، تفسير القرطبي ط دار الريان ج٢ ص ١١٨٥ .

(٣) رواه البخاري انظر الفتح ج٤ ص ٤٢٨ ، ورواه مسلم انظر النووي له ج٥ ص ٣٤١ ، وابن ماجه ج٢ ص ٧٦٥ في كتاب التجارات باب السلف في كيل معلوم .

(٤) ج٤ ص ١٨٥ .

(٥) انظر الفقه الاسلامي وأدلته د/وهبة الزحيلي ج٤ ص ٦١٩ .

(٦) مختصر القدوري تحقيق كامل عريضة ص ٨٨ .

٢- يقول الدردير عنه :

" وجاز بلا شرط إن كان لا يغاب عليه ، كحيوان لتعينه ولو
لأجل السلم " (١) .

(٣) قال الشافعي :

" قد أذن الله ﷻ في الرهن ، والسلم " (٢) .

(٤) قال البهوتي :

" وهو شرعاً عقد على موصوف ينضبط بالصفة في الذمة وهو
جائز بالإجماع " (٣) .

(٥) وقال ابن حزم :

" والسلم لا يجوز إلا في مكيل أو موزون فقط " (٤) .

مما سبق يتبين أن قول الجمهور هو الراجح وذلك لثبوت الآثار فيه ،
ولحاجة الناس إليه ، كما يقول ابن قدامة : " ولأن بالناس حاجة إليه ؛ لأن أرباب
الزروع ، والثمار ، والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد
تعوزهم النفقة فيجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاء " (٥) ، ولكن
كان على ابن عبد البر أن يستثنى مخالفة سعيد بن المسيب في هذا الإجماع ولا
يطلقه هكذا ، والله أعلم .

(١) الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٠٥ .

(٢) انظر مختصر الزني الملحق بالأم ص ١٣٣ .

(٣) الروض المربع ص ٢٦٤ .

(٤) انظر المحلى جـ ٩ ص ١٢٥ ، وانظر ص ٤ من المحلى أيضاً .

(٥) انظر المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ١٨٥ ، ط دار الفكر ط الأولى سنة ١٩٨٥ ، ١٤٠٥ هـ ، وانظر المحلى
جـ ٩ ص ٤ .

" ٢٤ - المضاربة إلى أجل "

القراض عند أهل المدينة هو المضاربة عند أهل العراق وهي أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطاً ، وأما الخسارة فهي على رب المال وحده .

والمضاربة ، أو القراض نوع من الشركات ، وهي جائزة بالقرآن والسنة والإجماع والقياس إلا أنها مستثناة من الغرر ، والإجارة المجهولة^(١).

قال أبو عمر : " وأما القراض إلى أجل فلا يجوز عند الجميع لا إلى سنة ، ولا إلى سنين معلومة ولا إلى أجل من الآجال ، فإن وقع فسخ ما لم يشرع العامل في الشراء بالمال ^(٢) .

وفي هذا الإجماع نظر حيث أباح أبو حنيفة القراض إلى أجل وهو رواية عن أحمد .

يقول ابن رشد : " ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا " ^(٣) .

ويقول ابن قدامة : " وقال أبو الخطاب : في صحة شرط التأقيت روايتان إحداهما : هو صحيح وهو قول أبي حنيفة ، والثانية : لا يصح وهو قول الشافعي ومالك ^(٤) .

وحجة الجمهور أن في اشتراط الأجل تضيق على العامل يدخل عليه مزيد غرر ، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ^(٥) .

(١) انظر المصباح المنير مادة ضرب ، قرض ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٦ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠٩ ، الاستذكار جـ ٢١ ص ١١٩ ، الكافي ص ٣٨٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٤ ص ٨٣٦ ، والمغني جـ ٥ ص ٤٠ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٤٨ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٩ ، القوانين الفقهية ص ٢١١ .

(٤) المغني جـ ٥ ص ٤٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٩ ، القوانين الفقهية ص ٢١١ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

وحجة الأحناف في إجازة الأجل تشبيه القراض بالإجارة ، وكذلك لكونه تصرف بتوقيت بنوع من المتاع ، فجاز توقيته في الزمان كالوكالة ^(١) .

❁ ولعل قول الجمهور هو الراجح لما يلي :-

- (١) أنه عقد يقع مطلقاً فإذا شرط قطعه لم يصح النكاح .
 - (٢) إن هذا ليس من مقتضى العقد ولا له في مصلحة فأشبهه ما لو شرط أن لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقضي أن يكون رأس المال ناضئاً فإذا منعه البيع لم ينض ^(٢) .
 - (٣) إن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل ، لأنه قد يكون الربيع والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها كما مر ^(٣) .
- والجمهور كما قلنا عدا الأحناف ورواية عن أحمد لا يجيزون المضاربة إلى أجل .

(١) المالكية :

" لا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ^(٤) .

(٢) الشافعية :

" ولا يشترط بيان مدة القراض فلو ذكر مدة كشهرا لم يصح لإخلال التأقيت بمقصود القراض فقد لا يربح في المدة ^(٥) .

(٣) الرواية الأخرى عند أحمد :

" و يصح تأقيت المضاربة مثل أن يقول ضاربك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتتر وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان إحداهما : وهو صحيح وهو قول أبي حنيفة والثانية لا يصح ^(٦) .

(٤) الظاهرية :

يقول ابن حزم : " و لا يجوز القراض إلى أجل مسمى أصلاً " ^(٧) ، والله أعلم .

(١) المغني ج٥ ص ٤١ ، الاختيار ج٢ ص ٢٦٩ .

(٢) المصباح المنير مادة نضض نض السلعة إذا تحولت عيناً بعد أن كانت متاعاً .

(٣) المغني ج٥ ص ٤١ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٩ .

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ ، الشرح الصغير ج٣ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، القوالين الفقهية

(٥) مغني المحتاج ج٢ ص ٣١٢ .

(٦) المغني ج٥ ص ٤٠ .

(٧) المحلى ج٨ ص ٢٤٧ .

" ٢٥ - اللَّقْطَةُ تعريفها حولاً كاملاً "

اللُّقْطَةُ : لغةً : بفتح اسم للمُنْقِط ؛ لأن ما جاء على فعله فهو اسم للفاعل ، كقولهم : هَمَزَةٌ وَلَمَزَةٌ ، واللُّقْطَةُ بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة ، الذي يضحك منه والمهزأة ، الذي يهزأ به ، وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط ، واللُّقْطُ بالضم : ما التقطت من مالٍ ضائع ^(١) .

واصطلاحاً : هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ^(٢) ، وقد حكى ابن عبد البر الإجماع على تعريف اللُّقْطَةِ حولاً كاملاً ما لم تكن تافهاً يسيراً ، أو شيئاً لا بقاء له ، يقول : " وأجمعوا أن اللُّقْطَةُ ما لم تكن تافهاً يسيراً ، أو شيئاً لا بقاء له فإنها تعرف حولاً كاملاً " .

وكرر هذه المسألة لكن بلفظ الاتفاق يقول : " واتفق الفقهاء في الأمصار .. أن يعرف اللُّقْطَةُ سنة كاملة ^(٣) " .

وفي هذا الإجماع نظر فقد حكى ابن قدامة فيها خلافاً يقول : " قدر التعريف : وذلك سنة روى ذلك عن عمر وعلى ابن عباس ، وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى عن عمر رواية أخرى ، أنه يعرفها ثلاثة أشهر ، وعنه ثلاثة أعوام ؛ لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي : ما دون الخمسين درهماً يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح : ما دون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرف أربعة أيام ، وقال إسحاق : ما دون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها " ^(٤) .

(١) المغني جـ ٦ ص ٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٥ ص ٧٦٩ ، راجع المصباح المنير مادة لقط .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٣ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٢ ص ٣٢٩ ، ص ٣٣٧ .

(٤) المغني جـ ٦ ص ٤ .

وقد روى ابن حزم عن عمر في مدة تعريف اللقطة خمسة أقوال مختلفة^(١) ، يضاف إلى ذلك مقولة ابن المنذر عن اللقطة أنه لم يثبت فيها إجماع^(٢) ، وكذا قول ابن حزم : " لا إجماع فيها " ^(٣) .

لكن جمهور الفقهاء على تعريف اللقطة حولاً كاملاً على اختلاف بسيط في قدر ما يُعرف .

(١) فعند الأحناف :

" فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة : إن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً ، وإن كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يروى ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، أنه قال : " التعريف على خطر المال ، إن كان مائة ونحوها عرفها سنة ، إن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً ، وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة ... وإن كان ثمرة أو كسرة تصدق بها " ^(٤) .

(٢) وعند المالكية : ينقسم أيضاً إلى أقسام :

- أ - اليسير جداً كالتمر ، فلا يعرف ولو أجده أن يأكله أو يتصرف به .
- ب - اليسير الذي ينتفع به ، ويمكن أن يطلبه صاحبه ، فيجب أن يعرف اتفاقاً ، واختلف في قدره فقليل ، سنة ، كالذي له بال ، وقيل أياماً .
- ج - الكثير الذي له بال ، فيجب تعريفه سنة ^(٥) .

(٣) وعند الشافعية :

أنها تعرف سنة ، والأصح أن الحقير لا يعرف سنة بل زماناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً ، والثاني يعرف أي الحقير سنة لعموم الأخبار ؛ ولأنها جهة من جهات التملك فاستوى فيها القليل والكثير ^(٦) .

(١) المغلى ج١ ص ٢٦٤ .

(٢) الإجماع ص ١٧٤ لابن المنذر ط مركز الإسكندرية للكتاب .

(٣) مراتب الإجماع ص ٥٩ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

(٥) القوانين الفقهية لابن جُزَيٍّ ص ٢٥٣ ، الشرح الصغير للدردير ج٣ ص ٣٥٢ .

(٦) مغلي المحتاج ج٢ ص ١١٤ .

(٤) وعند الحنابلة :

" ومن وجد لقطة عرفها سنة في الأسواق ، وأبواب المساجد " (١) .

(٥) وعند ابن حزم :

" وأما الشيء الواحد الذي لا وكاء له ولا عفاص ولا وعاء ، فلأن رسول الله ﷺ إنما أمر بتعريف السنة فيما له عدد وعفاص ، ووكاء أو بعض هذه ، فأما ما لا عفاص ، ولا وعاء ، ولا وكاء ولا عدد فهو خارج من هذا الخبر ، وحكمه في حديث عياض بن حمار ، فحكمه أن ينشد هذا أبداً لقوله ﷺ : " لا يكتم ولا يغيب " (٢) .

❁ والذي يراه الباحث :

- (١) أن لو وجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد عن العمران أن يأكلها ، وإن كان الأمل أن يحفظها لصاحبها ، لقوله ﷺ " هي لك أو لأخيك أو للذئب " (٣) .
- (٢) أما غير ضالة الغنم فما كان ذا أهمية وشأن فإنه يُعرف سنة واحدة .
- (٣) أما الشيء الحقير فكما قال الشافعية في الأصح عندهم : أن القليل المتمول وهو المقدر بالدينار والدرهم ونحوه لا يعرف سنة ، ويقدر بما لا تقطع به يد السارق ، وهو ربع دينار عند الجمهور ، وعشرة دراهم عند الحنفية ، بل يعرف زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً ، وهذا هو الراجح عند المالكية ، وفي رواية أبي حنيفة ، مضمونها : " إن كانت قيمة الشيء أقل من عشرة دراهم - أي دينار - يعرفه أياماً بحسب ما يرى ، وإن كانت عشرة دراهم فصاعداً عرفها حولاً ، إلا أن هذه الرواية ليست هي ظاهرة الرواية عند الحنفية ، فقد قال الطحاوي : " وإذا التقت لقطة فإنه يعرفها سنة ، سواء أكان الشيء نفيساً أم خسيساً في ظاهر الرواية " (٤) .
- (٤) أما الشيء الثافه واليسير جداً فلم أعثر على خلاف في إباحة أخذه والانتفاع به ، وذلك كالتمر والكسرة ، والخرقة ؛ لأن النبي رأى تمرة فقال : " لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها " [متفق عليه] (٥) .

(١) المغني ج٦ ص ٤ .

(٢) المحلى ج١ ص ٢٦٠ .

(٣) رواه مسلم حديث رقم ١٧٢٢ ، وانظر سبل السلام ج٣ ص ١٨١ .

(٤) مغني المحتاج ج٢ ص ٤١٤ ، وما بعدها ، بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٦ وما بعدها ، الشرح الصغير ج٢ ص ٣٥٢ ، المغني ج٦ ص ٤ وما بعدها .

(٥) انظر فتح الباري ج٥ ص ٨٦ ، وصحيح مسلم حديث ١٠٧١ ، وانظر سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ١٨١ .

٢٦ - صاحب الشاة الملتقطة أولى بها

إذا حضر و وجدها

قال أبو عمر : " قد أجمع العلماء أن صاحبها إن جاء قبل أن يأكلها الواجد لها أخذها منه ، وكذلك لو ذبحها أخذها منه ، مذبوحة ، وكذلك لو أكل بعضها أخذ ما وجد منها ، وفي إجماعهم على هذا أوضح الدلائل على ملك صاحبها لها " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر ؛ لأن ابن حزم يذهب إلى عدم أخذ صاحب الشاة الشاة من الملتقط سواء وجدها حية ، أو مذبوحة .

يقول : " أما الضأن والمعز فقط كبارها وصغارها ، توجد بحيث يخاف عليها الذئب ، أو من يأخذها من الناس ، ولا حافظ لها ، ولا هي بقرب ماء منها فهي حلال لمن أخذها سواء جاء صاحبها أو لم يجئ وجدها حية أو مذبوحة ، أو مطبوخة أو مأكولة لا سبيل له عليها " (٢) .

يضاف إلى ذلك مقولة ابن المنذر في الإجماع ، وابن حزم في مراتب الإجماع من عدم ثبوت إجماع في اللقطة (٣) أصلاً ، كما سبق .

وقد ذكر ابن عبد البر هذه المسألة في التمهيد لكن عن اللقطة ، عموماً ، ولم يخص لقطة الغنم من غيرها ، يقول : " أجمعوا على أن صاحبها إذا جاء فهو أحق بها من ملتقطها إذا ثبت له أنه صاحبها " (٤) .

والمسألة فيها الخلاف السابق ، والأصل في حديث اللقطة حديث زيد بن خالد الجهني (٥) ، أنه قال : " جاء رجل إلى رسول الله ﷺ

(١) الاستذكار ج ٢٢ ص ٣٤٤ .

(٢) المغلي ج ٨ ص ٢٧٠ .

(٣) الإجماع ص ١٧٤ ، مراتب الإجماع ص ٥٩ .

(٤) التمهيد ج ٤ ص ١٠٧ .

(٥) هو زيد بن خالد الجهني المدني ، أبو عبد الرحمن ، وقيل : أبو طلحة ، وقيل أبو زرعة ، روي عن عثمان ، وأبي طلحة ، وغيرهما ، وروى عنه ابنه خالد ، وأبو حرب ، وعطاء بن يسار ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن وغيرهم ، وكان صاحب لواء جهينة يوم الفتح ، اختلف في سنة ومكان وفاته ، انظر إسماعيل المبطا برجال الموطأ ص ١٠ ج ١ الحلبي ١٣٤٩ هـ .

فسأله عن اللقطة؟ فقال : اعرف عفاصها ، و وكاعها ، ثم عرفها سنة ، فإذا جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، قال : فضالة الغنم يا رسول الله ؟ قال : لك ، أو لأخيك ، أو للذئب ، قال : فضالة الإبل ، قال : مالك؟ معها سقاؤها ، وحذاؤها ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها " (١) .

وقد تمسك الإمام ابن حزم بظاهر حديث زيد بن خالد الجهني السابق ، فقال عليه السلام عن ضالة الغنم : " خذها ، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب " .

فأمر عليه السلام بأخذ ضالة الغنم التي يخاف عليها الذئب ، أو العادي ويترك الإبل التي ترد الماء ، وتأكل الشجر ، خصها بذلك دون سائر اللقطات والضوال فلا يحل لأحد خلاف ذلك !! (٢) ، أما جمهور الفقهاء فعلى خلاف ما قاله ابن حزم :

فقد اتفقوا على : أن لو وجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد عن العمران أن يأكلها ، واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ، فقال الجمهور : " إنه يضمن قيمتها إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه " ، وقال مالك في أشهر أقواله : لا يضمن أخذاً بظاهر حديث : زيد بن خالد .

(١) الأحناف :

قال في فتح القدير : " فإن جاء صاحبها أخذها " ، وقال في الاختيار : " فإن جاء صاحبها ، وإلا تصدق بها إن شاء ، وإن شاء أمسكها ، فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابها ، وإلا له أن يضمه ، أو يأخذها إن كانت باقية " (٣) .

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الأفضية ، جاء من شرح الزرقاني على الموطأ ص ٥٠ ، وانظر تنوير الحوالك ج ٢ ص ١٢٨ .

(٢) المحلى ج ٢ ص ٢٧١ .

(٣) فتح القدير ج ٦ ص ١١٨ ، الاختيار ج ٣ ص ٢٨٦ .

(٢) المالكية :

يقول الدردير : " وإن حملها مذبوحة فربها أحق بها إن علم قبل أكلها ، وعليه أجره حملها ، وله أكل بقرة بمحل خوف من سباع ، أو جوع ولا ضمان عليه " (١) .

(٣) الشافعية :

" وما لا يمتنع كشاة يجوز التقاطه للتملك في القرية ، والمفازة ، ويتخير أخذه من مفازه ، فإن شاء عرفه ، وتملكه ، أو باعه ، وحفظ ثمنه ، وعرفها ثم تملكه أو أكله وغرم قيمته إن ظهر مالكه (٢) .

(٤) الحنابلة :

" أن الشاة على ملك صاحبها ، وأنها لقطة لها قيمة ، وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها ، إذا جاء كغيرها ، ولأنها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه " (٣) .

❀ والذني يراه الباحث :

(١) أن صاحب اللقطة أحق بها إذا جاء قبل استهلاكها ، فإذا جاء ووجدها أخذها ، وإذا وجد الملتقط قد أكلها فله أن يضمه قيمتها إذا لا يحل امرئ إلا عن طيب نفس منه .

(٢) أن اللقطة تملك ملكاً مراعى يزول بمجئ صاحبها ، ويضمن له بدلها إن تعذر ردها - كذهاب محلها - والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته ، وإنما يتجدد وجود العوض بمجئ صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه (٤) ، والله أعلم .

(١) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٥٤ ، وحاشية الرهولي جـ ٧ ص ٢٤٦ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤١٠ .

(٣) انظر المغني جـ ٦ ص ٢٦ .

(٤) انظر المغني جـ ٦ ص ٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٥ ص ٧٧٦ ، وقد وافق الشوكاني ابن عبد البر في حكايته الإجماع على ذلك فقال : وأجمعوا على أنه لو جاء صاحبها قبل أن يأكلها الملتقط كان له أخذها " نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٢ .

٢٧ - اللقطة إذا استهلاكها ملتقطها

بعد الحول فعليه الضمان إن جاء صاحبها

قال أبو عمر : " وأجمعوا أن الفقير له أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان " (١) .

وقال : وأجمعوا أن ملتقطها إن أكلها بعد الحول ، وأراد صاحبها أن يضمنه فإن ذلك له ، وإن تصدق بها فصاحبها فخير بين التضمن ، وأن ينزل على أجرها ، فأى ذلك خير كان ذلك له بإجماع (٢) .

وقال أيضاً : ثم أجمعوا على ضمان اللقطة لصاحبها إن جاء طالبها فذلك الشاة (٣) ، أي يضمن أكل الشاة كما يضمن أكل اللقطة ، وإن كان مالكا لا يرى تضمين أكل الشاة لأنه ربما يحتج على عدم تضمين أكلها بإجماعهم على إباحة أكلها .

وفي هذا الإجماع نظر ؛ لأن فيها خلافا للظاهرية يقول ابن رشد : " وكلهم متفقون على أنه إن أكلها - أي بعد التعريف حولا - ضمنها إلا أهل الظاهر " (٤) .

وقال صاحب سبل السلام : " وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر فقالوا : تحل له بعد السنة ، ، وتصير مالا من ماله ، ولا يضمنها إن جاء صاحبها " (٥) .

وفي المحلى : " فهو عند تمام السنة مال من مال الواجد غنياً كان ، أو فقيراً يفعل فيه ما شاء " (٦) .

(١) التمهيد ج٣ ص ١١٨ .

(٢) التمهيد ج٣ ص ١٠٧ .

(٣) التمهيد ج٣ ص ١٢٦ .

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٠٦ .

(٥) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ١٨٤ .

(٦) المحلى ج٨ ص ٢٥٧ .

وقد تعجب صاحب سبل السلام - بحق ونحن معه - من قول الظاهرية قال : ولا أدري ما يقولون في حديث مسلم ونحوه الدال على وجوب ضمانها فعند مسلم : " ثم عرفها سنة ، فإن لم يجئ صاحبها كانت وديعة عندك " ، وفي رواية : " ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه " وهو يدل على وجوب ضمانها (١) .

أما عن ضمان اللقطة ففيها تفصيلات كثيرة عند الفقهاء نوجزها فيما يلي :

(١) فقال الأحناف :

اللقطة أمانة في يد الملتقط لا يضمنها إلا بالتعدي عليها ، أو يمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب ، وذلك إذا أشهد الملتقط على أن يأخذها ليحفظها ويردها إلى صاحبها ، لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً قال عليه السلام : " من وجد لقطه فليشهد ذوي عدل " (٢) .

وهو أمر يقتضي الوجوب ، ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أن أخذها لنفسه ، وكفيه للإشهاد أن يقول : من سمعتموه ينشد لقطه فدأوه على ، وكذلك تكون أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة ، والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك فإن لم يشهد الملتقط ولم يتصادقا ، وإنما قال الأخذ : أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن اللقطة عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن الظاهر أن أخذ اللقطة لنفسه لا للمالك (٣) .

(١) سبل السلام للعلامة محمد بن إسماعيل الأمير الصنعائي ت ١١٨٢ هـ - ج ٣ ص ١٨٤ بتصرف ، النظر صحيح مسلم ج ٦ ص ٢٤٧ كتاب اللقطة باب معرفة العفاص ، والوكاء وحكم ضالة الغنم والإبل ، ط دار المعرفة بيروت .

(٢) النظر ليل الأوطار ج ٥ ص ٣٣٨ ، نصب الرأية ج ٣ ص ٤٦٦ ، سبل السلام ج ٣ ص ١٨٥ ، ورواه أبو داود في السنن حديث ١٧٠٩ .

(٣) النظر الاختيار ج ٣ ص ٢٨٦ وما بعدها ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٤ وما بعدها ، فتح القدير للكمال الهمام ج ٦ ص ١١٨ .

هذا مع ملاحظة :

أن الفقهاء يفرقون بين الملتقط الغني ، والفقير أما الفقير ، فلم يعثر الباحث على مخالف في جواز أكله للقطعة بعد الحول ، أما الغني فهم مختلفون فيه هل له أكلها ، أو التصديق بها ، أو حفظها أبد الدهر له .

(٢) يقول ابن رشد :

مصوراً المسألة : " اتفق فقهاء الأمصار أنه إذا انقضت -أي السنة - كان له أن يأكلها إن كان فقيراً أو يتصدق بها إن كان غنياً ، فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه إياها ، واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها ، أو ينفقها بعد الحول ^(١) .

(٣) ويقول صاحب مغني المحتاج :

فإن تملك الملتقط اللقطة ، فظهر المالك لها وهي باقية بحالها ولم يتعلق بها حق لازم يمنع من بيعها ، واتفقا على رد عينها أو بدلها فذاك ظاهر إذ الحق لا يعدوهما ، ويجب على الملتقط ردها إلى مالكها لخبر الصحيحين ، " فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر فأدها إليه " ^(٢) .

فظاهر كلام الخطيب الشربيني وجوب ضمان اللقطة إذا أكلها الملتقط ، وجاء ربها يطلبها بعد عام أو أكثر .

(٤) ويقول ابن قدامة عنها أثناء شرحه لقول الخرقى :

" فإن جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله وأنها تدفع لربها إذا طلبها " : " لأنها مال معصوم لم يرضى بزوال ملكه عنها ، ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها " ^(٣) .

(٥) ويقول البهوتي :

" ويضمن تلفها ونقصانها بعد الحول مطلقاً لا قبله إن لم يفرط ^(٤) .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠٦ مع ملاحظة أن مالكا لا يرى تضمين أكل الشاة خاصة وإن جاء صاحبها ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٢ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤١٥ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٧ .

(٤) الروض المربع ص ٣٣٣ .

❦ والذي يراه الباحث :

أن الملتقط إذا كان فقيراً فإن له أن يأكل اللقطة بعد تعريفها
حولاً، فإذا جاء ربه ^١ وجد عينها أخذها وإن وجدها استهلكته فإن له أن
يضمن الملتقط ، لأنها مال من ماله لم يزل ملكه عنها بالضياع ، ويكون
ذلك من باب التعاون على البر والتقوى وقد أمر الإسلام بهما ووعد
فاعلها بالأجر والثواب من الله ^(١) ، والله أعلم .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ج٦ ص ٧٧٦ ، بداية المجتهد ج٦ ص ٣٠٦ ، مغني المحتاج ج٢ ص ٤١٥ .

٢٨ - جواز أكل الشاة الملتقطة

من الموضع المخوف عليها فيه

قال أبو عمر : " وأجمعوا أن لآخذ ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها أكلها " (١) .

وقال في موضع آخر " وأجمعوا إن أخذ ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها " (٢) .

وقال أثناء حديثه عن تضمين أكل الشاة ، وقول مالك بعدم تضمينه : " ربما يحتج له في ترك تضمين أكلها بإجماعهم على إباحة أكلها " (٣) .

وفي هذا الإجماع نظر ففيه مخالفة الإمام أحمد حيث روى عنه أن الشاة لا تلتقط أصلاً ، ولا يجوز التقاطها لغير الإمام (٤) .

ويقول ابن قدامة : " ويروى عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الإمام التقاطها (٥) ، وقد علق ابن قدامة على قول ابن عبد البر بأنه قول أكثر أهل العلم .

وفيه مخالفة الليث بن سعد حيث رأى عدم جواز أكلها مطلقاً ، قال في المغني : " وقال الليث بن سعد : لا أحب أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ : " لا يؤوي الضالة إلا ضال " ولأنه حيوان أشبه بالإبل " (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٢ ص ٣٣٠ .

(٢) التمهيد جـ ٣ ص ١٠٨ .

(٣) التمهيد جـ ٣ ص ١٢٦ .

(٤) انظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٢ .

(٥) المغني جـ ٦ ص ٢٨ .

(٦) المغني جـ ٦ ص ٢٨ ، والحديث رواه الإمام مسلم بلفظ من آوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها ، كتاب اللقطة باب لقطة الحج جـ ١١ ص ٢٥٤ ، انظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٣٨ .

يضاف لذلك مقولة ابن حزم في اللقطة عموماً في مراتب الإجماع " لا إجماع فيها " ، وكذا مقولة ابن المنذر في الإجماع .

❖ فواضح أن الإمام الليث احتج بأمرين :

أ - بحديث زيد بن خالد في مسلم : " من آوى ضالة فهو ضال " .

ب- أنه قاس الشاة على الإبل ورأى عدم التقاطها أو أكلها .

وجمهور الفقهاء على جواز النقاط الشاة في الموضع المخوف ، وأن لملتقطها أكلها .

(١) عند الأحناف :

" ويجوز الالتقاط في الشاة ، والبقر ، والبعير " ، واستدلوا على جواز أكل الشاة بحديث : " خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب " (١) .

(٢) وعند المالكية :

" وإن كانت في خلوات الأرض والمهامه أكلها ، ولا يعرف بها ، ولا يضمن لربها شيئاً ، واستدلوا بالحديث المشهور : " هي لك أو لأخيك أو للذئب " (٢) .

(٣) وعند الشافعية :

" ما يحتاج إلى نفقة كالحيوان وهو ضربان حيوان لا يمتنع بنفسه - كشاة - فهو مخير بين أكله ، وغرم ثمنه ، أو تركه والتطوع بالإنفاق عليه ، أو بيعه ، وحفظ ثمنه (٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

" وإذا وجد الشاة بمصر ، أو بمهلكة فهي لقطة أي يباح أخذها ، والتقاطها وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر : أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها ، وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه (٤) .

(١) فتح القدير ج٦ ص ١٢٤ ، بدائع الصنائع ج٦ ص ٣١٥ .

(٢) النظر التاج والإكليل للمواق ج٦ ص ٧٨ مع مواهب الجليل للحطاب كلاهما شرح على مختصر سيدي خليل ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٠٧ .

(٣) غاية الاختصار في فقه الشافعي للقاضي أبي شجاع ص ٢٦ ، مغني المحتاج ج٢ ص ٤١٠ .

(٥) وعند الظاهرية :

" أما الضأن ، والماعز فقط كبارها وصغارها توجد بحيث يخاف عليها الذئب أو من يأخذها من الناس ولا حافظ لها ، ولا هي بقرب ماء منها فهي حلال لمن أخذها سواء جاء صاحبها ، أو لم يجئ وجدها حية ، أو مذبوحة ، أو مطبوخة ، أو مأكولة لا سبيل له عليها ^(١) .

مع ملاحظة أن ابن حزم يذهب إلى سقوط ملكية الشاة عن صاحبها فلا يأخذها من الملتقط حتى وإن وجد عينها ؟ !! ^(٢) .

❁ والذي يراه الباحث صحة قول الجمهور لما يلي :

(١) نقول النبي ﷺ في الحديث المشهور لما سئل عن الشاة : " خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب " ^(٣) .

(٢) أن حديث : " خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب " أخص من حديث : " لا يؤوى الضالة إلا ضال فيخص به " .

(٣) القياس على الإبل لا يصح فإن النبي ﷺ : علل عدم التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم ، ثم قد فرق النبي ﷺ في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه .

(٤) أن الحديث الذي تمسك به الليث بن سعد - وهو حديث صحيح - فيه زيادة ما لم يعرفها فسقط احتجاج الليث به .

(٥) ويذكر ابن قدامة أن قول النبي ﷺ : " هي لك أو لأخيك أو للذئب " فأضافها إليه بلام التمليك ولأنها يباح التقاطها فملكها بالتعريف كالأثمان ، لذا كان رأي الجمهور أرجح وأصوب ^(٤) ، والله أعلم .

(٤) المغني ج٦ ص ٢٨ .

(١) المحلى ج٨ ص ٢٧٠ .

(٢) السابق نفسه .

(٣) أخرجه ورواه البخاري كتاب اللقطة ج٥ ث ١٠٠ من فتح الباري ومسلم حديث رقم ١٧٢٢ ، انظر سبل السلام ج٣ ص ١٨١ ، ولأنه يخشى عليها التلف والضياع فأشبهت لقطة غير الحيوان .

(٤) المغني ج٦ ص ٢٨ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٠٧ ، فتح الباري ج٥ ص ١٠٠ حيث أورد ابن حجر اعتراضاً على كون اللام للتمليك

" ٢٩ - وجوب الشفعة "

الشفعة من الأحكام المعمول بها في الشريعة الإسلامية وقد أوجبها الجمهور إجمالاً واختلفوا في كثير من فروعها .

قال أبو عمر : " أن الرسول ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه ، هذا الحديث قد اتفق جماعة العلماء على القول به ، لأنهم يوجبون الشفعة للشريك في المبتاع من الدور ، والأرضين وكل ما تأخذه الحدود ويحتمل القسمة في ذلك" (١).

وقال : " أجمع العلماء على أن الشفعة في الدور والأرضين والحوانيت والرباع كلها بين الشركاء في المشاع من ذلك كله ، وأنه سنة مجتمع عليها يجب التسليم بها " (٢) .

وقد نقل ابن قدامة والشوكاني (٣) خلاف عبدالرحمن بن كيسان أبي بكر الأصم فلم يوجب الشفعة قال ابن قدامة بعد أن عَرَفَ الشفعة : "ولا نعلم أحد خالف في هذا إلا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة " ، وحجته أن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه ، لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فسيضر المالك " (٤) .

وما ذكره الأصم ليس بشئ كما يقول ابن قدامة وذكر أن الجواب على قول الأصم من وجهين ..

(١) أنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

(١) ، الاستذكار ج ١ ص ٢٦١ .

(٢) السابق نفسه .

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٩٥ .

(٤) المغني ج ٥ ص ١٧٨ ، والأصم هو عبدالرحمن بن كيسان الأصم كان ثقة جليل القدر ترجمته . انظر الأعلام ج ٣ ص ٣٢٣ .

(٢) أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة (١) .

وأيضاً قول الأصم لا يصح لحديث جابر : " أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " [رواه مسلم] (٢) ، لذلك اتفقت كلمة المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري على وجوب الشفعة .

(١) قال الحنفية :

" وتجب في العقار سواء كان مما يقسم أو مما لا يقسم وتجب إذا ملك العقار بعوض مال " (٣) .

(٢) قال الدردير :

" الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عارض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة ، فالشريك أو وكيله جبراً ولو ذمياً " (٤) .

(٣) يقول محمد الزهري الغمراوي :

في شرحه على المنهاج " الشفعة شرعاً حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض " (٥) .

(٤) يقول البهوتي (ت : ١٠٥١هـ) :

" وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي " (٦) .

(١) المغني ج٥ ص ١٧٨ .

(٢) كتاب البيوع باب الشفعة وأبو داود في السنن ج٣ ص ١٨٣ .

(٣) الاختيار ج٢ ص ٥٤ .

(٤) الشرح الصغير ج٤ ص ٢٥٤ .

(٥) السراج الوهاج ص ٢٧٤ .

(٦) الروض المربع ص ٣٢٠ .

(٥) وقال ابن حزم :

" الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعداً من أي شيء كان مما ينقسم ومما لا ينقسم (١) .

والراجح قول الجمهور إذا لم نقل أنه شبه إجماع لأنه لم يعنم الباحث مخالفاً غيره ، بالإضافة إلى ضعف حجته وقد رأينا إبطال ابن قدامة لها ، ولمخالفة رأيه للأثار الصحيحة .

وكان لزاماً على ابن عبد البر أن يستثني الأصم من الإجماع أو يقول " لا أعلم مخالفاً إلا الأصم " ، والله أعلم .

(١) المغلي جـ ٩ ص ٨٢ .

" ٣٠ - الشفعة للشريك في المشاع دون الجار "

قال أبو عمر : " وحديث ابن شهاب في الشفعة صحيح عند أهل العلم مستعمل عند جميعهم لا أعلم بينهم في ذلك اختلافاً كل فرقة من علماء الأمة يوجبون الشفعة للشريك في المشاع من الأصول الثابتة التي يمكن فيها ضرب الحدود ثم قال ص ٤٨ وإيجاب الشفعة إيجاب حكم والحكم إنما يجب بدليل لا معارض له وليس في الشفعة أصل لا اعتراض فيه ... وفي قول جابر : " إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربع ، أو حائط ما ينفي الشفعة في غير المشاع من العقار وفي قوله عليه السلام : " إذا قسمت الأرض وحدت الحدود فلا شفعة ما ينفي شفعة الجار " ثم قال ص ٥٠ عن حديث : " إذا ضربت الحدود فلا شفعة " والشفعة واجبة بهذا الحديث في الشريك في المشاع دون غيره إجماع من العلماء ^(١) .

وما ذكره ابن عبد البر من اختصاص الشفعة بالشريك دون غيره من جارٍ أو ملاصق لا يصح .

فابن حزم مثلاً أثناء حديثه عن الشفعة ونفيه أن يكون فيها إجماع يقول : " وقوم يرون الشفعة في المقسوم من كل ذلك لجميع أهل المدينة فمن دونهم إلى الجار الملاصق " ^(٢) .

هذا يوحى بأنه توجد شفعة للجار الملاصق وهذا صحيح فالأحناف يوجبونها للجار الملاصق كما يوجبونها للشريك .

يقول الكاساني : " فسبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة ، الشركة في ملك المبيع ، والخلطة ، وهي الشركة في حقوق الملك ، والجار ^(٣) " .

(١) التمهيد ج ٧ ص ٤٦ ، ٤٨ ، ٥٠ .

(٢) مراتب الإجماع ص ٩٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٦ .

واستدلوا بحديث الأرض التي بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال " الجار أحق بشفعتها وهذا نص في الباب " (١) .

(١) ويقول عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي ت ٦٨٣ هـ :

"وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع ثم للجار " (٢) ، هذا رأي الأحناف أما الجمهور فهي عندهم خاصة بالشريك فقط .

(٢) يقول الدردير :

" الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عارض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته " (٣) .

(٣) يقول النووي :

" ولا شفعة إلا لشريك " (٤) .

(٤) يقول البهوتي :

" وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريك ممن انتقلت إليه بعوض مالي " (٥) .

(٥) يقول ابن حزم :

" والشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعداً من أي شيء كان مما ينقسم ومما لا ينقسم " (٦) .

هذا هو رأي الجمهور لكن رأي الأحناف له وجهته ، وذلك لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الدخيل الأجنبي الذي يأتي على الدوام بسبب سوء المعاشرة ، والمعاملة وفي الحديث : " لا ضرر ولا ضرار "

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٦ .

(٢) الاختيار ج ٢ ص ٥٦ .

(٣) الشرح الصغير ج ٣ ص ٢٥٤ .

(٤) السراج الوهاج ص ٢٧٥ .

(٥) الروض المربع ص ٣٢٠ .

(٦) المحلى ج ٩ ص ٨٢ .

ذكره الإمام النووي في الأربعين النووية ، عن أبي سعيد الخدري وعزاه إلى ابن ماجه والدارقطني (١) .

أو بعبارة الكاساني : ولأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون وروداً هنا دلالة (٢) ، والله أعلم .

(١) راجع الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبة الزحيلي ج٥ ص ٧٩٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ٧ .

" ٣١ - الشفعة للغائب مع طول المدة "

قال أبو عمر : أما شفعة الغائب فإن أهل العلم مجمعون على أنه إذا لم يعلم ببيع الحصة التي هو فيها شريك من الدور ، والأرضيين ، ثم قدم فعلم ، فله الشفعة مع طول مدة غيبته ، واختلفوا إذا علم في حال الغيبة (١) .

هكذا أطلق الإجماع على مدة الغيبة مهما طالت وهذا غير صحيح فقد قال الإمام مالك : " إلا أن يقوم بعد طول الزمان مما يجهل في مثله أصل البيع ، ويموت الشهداء ، فأرى الشفعة منقطعة " (٢) .

ثم نقل الحطاب في قول المدونة : وإن طال غيبته إلا أن يطول الزمان جداً فيما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فإن ذلك يقطع شفعته وهو قول مالك في كتاب محمد وقال في النوادر من كتاب محمد هو في الغيبة من سماع ابن القاسم ، وإذا قال المبتاع نسيت الثمن فإن مضى طول السنين ما يدرس فيه العلم وتموت البينة وترفع فيها التهمة ، فالشفعة ساقطة " (٣) .

فإذا أضفنا هذا القول إلى قول ابن عبد البر نفسه في الاستذكار جـ ٢١ ص ٣٠٤ : " قد مضى القول في شفعة الغائب وما قال مالك وغيره في ذلك والخلاف فيه كلا خلاف " !! .

مع قول ابن حزم في مراتب الإجماع عن الشفعة أن " لا إجماع فيها " ص ٩٠ تتبين لنا أن هذا الإجماع لا يصح ،

و واضح أن حجة المخالفين مرتبطة بطول المدة جداً بحيث يموت الشهود ويُنسى أصل البيع ، وتموت فيها البينة .

لكن رأي الجمهور بإثبات الشفعة ، وإن طال غيبته هو الراجح، وذكر الحطاب رواية أخرى عن مالك قال : قال مالك :

(١) الاستذكار جـ ٢١ ص ٢٧٦ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٢٢ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

والغائب فني شفيعته ، وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء ، فإن لم يعلم
فذلك أحرى ، ولو كان حاضراً " (١) .

هذه وجهة نظر المالكية قالها الامام مالك .

وقال الحنفية : " لو كان بعض الشفعاء حين البيع وطلب الشفعة
غائباً فطلبها الحاضر ، يقضى له بالشفعة ، لأن الحاضر ثابت بيقين ،
والغائب مشكوك في طلبه الشفعة ، فلا يؤخر الحاضر لأن المشكوك فيه
لا يزاحم المتيقن ؛ لاحتمال عدم طلب الغائب فلا يؤخر بالشك " .

ثم إذا جاء الغائب وطلب الشفعة وكان مع الحاضر في مرتبة
واحدة ، قاسم الحاضر فيما أخذ ، أي تنقض القسمة الأولى ، ويعاد تقسيم
العقار .

وإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر أخذ بالشفعة ،
وهذا لا يتصور إلا عند الحنفية ، كالشريك والجار فإن كان الغائب فوق
الحاضر - أعلى منه - كالشريك مع الجار قضى له بكل المشفوع فيها
، وإن كان دونه كالجار مع الشريك منع من الشفعة (٢) .

ويتفق الشافعية والحنابلة الظاهرية وباقي المالكية مع الحنفية في
ثبوت حق الشفعة للغائب (٣) ، وذلك لعموم قوله ﷺ : " الشفعة فيما لا
يقسم " .

ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة للغائب - وإن طالت
غيبته - فيثبت له ، كالإرث ، ولأن الغائب شريك لم يعلم بالبيع ، فتثبت
له الشفعة عند علمه ، كالحاضر إذا كتم عنه البيع ، ويندفع ضرر
المشتري المشفوع عليه بدفع القيمة له (٤) ، والله أعلم .

(١) مواجب الجليل جـ ٥ ص ٣٢٣ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٥ ص ٦ الفقه الإسلامي وأدلته د/وهبة الزحيلي جـ ٥ ص ٨٠٧ .

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني جـ ٢ ص ٣٠٦ ، المغني جـ ٥ ص ٣٠٥ ، الروض المربع ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ،
المغلي جـ ٩ ص ١١٥ .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٥ ص ٨٠٨ .

" ٣٢ - اختصاص وثبوت الشفعة بالدور والأرضين "

قال أبو عمر : " وحديث الشفعة للشريك في الدور والأرضين حديث متفق على العمل والقول به " (١) .

وقال ابن حزم في مراتب الإجماع ، باب الشفعة : " لا إجماع فيها ؛ لأن قوماً لا يرون بيع الشقص - حصة أو نصيب - المشاع من الدور ، ولا من الأرضين ، ولا من جميع العقار " ، وقوم يرون بيع الشقص المشاع ولا يرون الشفعة في المقسوم أصلاً " (٢) .

ولم يحدد ابن حزم من هؤلاء القوم في مراتب الإجماع لكن في المحلي " ذكر أن الحسن وابن سيرين وعبد الملك بن يعلى ، وعثمان البتي على خلاف ذلك أي على خلاف ابن عبد البر قال وأما الإجماع على وجوب الشفعة في الأرض وما فيها من بناء وشجر فقد أوردنا عن الحسن وابن سيرين وعبد الملك بن يعلى وعثمان البتي خلاف ذلك وهم فقهاء تابعون " (٣) .

وقد ذكر هذا الخلاف سعدى أبو حبيب في موسوعة الإجماع (٤) ، ومعنى هذا أن ادعاء ابن عبد البر الإجماع في هذه المسألة لا يصح ، وإن كان هو رأي الجمهور وهو رأي المذاهب الأربعة السنية ، بل هو رأي ابن حزم نفسه .

(١) قال عبدالله بن محمود الموصلي :

" وتجب - أي الشفعة - في العقار سواء كان مما يقسم كالدور والحوانيث والقرى أو مما لا يقسم كالبنر والرحى والطريق " (٥) .

(١) الاستذكار ج ٢١ ص ٣١١ .

(٢) مراتب الإجماع ص ٩٠ .

(٣) المحلى ج ٩ ص ٨٦ .

(٤) موسوعة الإجماع ج ٢ ص ٥٩٤ .

(٥) الاختيار ج ٢ ص ٥٤ .

(٢) وقال عنها الدردير :

" وهي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمانه، أو قيمته بصيغة " (١) .

(٣) وقال النووي :

" لا تثبت في منقول ، بل في أرض وما فيها من بناء وشجر تبعاً وكذا ثمر لم يؤبر في الأصح " (٢) .

(٤) قال في العدة :

" الشفعة استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها " ثم ذكر أن من شروطها " أن يكون عقاراً ، أو ما يتصل به من البناء، والغراس " (٣) .

(٥) يقول ابن حزم :

" الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعداً من أي شيء كان مما ينقسم ، ومما لا ينقسم من أرض ، أو شجرة واحدة ، فأكثر أو عبد ، أو ثوب ، أو أمة ، أو من سيف ، أو من طعام ، أو من حيوان " (٤) .

يتضح من النصوص السابقة جواز الشفعة في الأرضين ، والعقار وهو رأي الجمهور ، وهو الراجح وإن كان ابن حزم أجرى النصوص فيها على عمومها وجعل الشفعة في كل شيء عقار ومنقول وأخرج حديثاً عن عطاء بن جابر قال : " قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء " (٥) .

وأخرج حديث أبي مليكة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : " الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء " .

١

(١) الشرح الصغير ج٣ ص ٢٥٤ .

(٢) السراج الوهاج ص ٢٧٤ .

(٣) العدة شرح العمدة ص ٢٣٤ .

(٤) المحلى ج٩ ص ٨٢ .

(٥) المحلى ج٩ ص ٨٤ .

أما المذاهب الأربعة فقد قررت أنه لا شفعة في منقول كالحيوان والثياب ، والعروض التجارية للحديث : " قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في أرض أو ربيع أو حائط " رواه البخاري (١) .

ولأن الشفعة شرعت لرفع ضرر سواء الشراكة بالاتفاق ، أو الجوار عند الحنفية بسبب الاستمرار ، والدوام ، والمنقول لا يدوم بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر المشاركة ، ولأن الشفعة تملك بالقهر مناسب أن تكون عند شدة الضرر ، وإطلاقاً لحرية التصرف ، والبيع (٢) .

(١) انظر الفتح ج٤ ص ٤٣٦ كتاب الشفعة ورواه مسلم في كتاب المساقاة باب الشفعة ورواه أبو داود كتاب البيوع باب الشفعة .

(٢) اللقنن الاسلامي وأدلته ، د/وهبة الزحيلي ج٥ ص ٧٩٣ بداية المجتهد ج٥ ص ٢٥٧ .

٣٣ - اختصاص الشفعة بالعقار

فقط من دور وأرضين وحوانيت وبئر

قال أبو عمر عن اختصاص الشفعة بالعقار فقط معبراً عن وجهة نظر الجمهور : " أجمع العلماء على أن الشفعة في الدور ، والأرضين والحوانيت والرباع كلها بين الشركاء في المشاع من ذلك كلها ، وأنها سنة مجتمع عليها يجب التسليم لها " .

ثم بعد ذلك قال : " ومنهم من أوجبها في كل مشاع بين الشركاء ، وفي جميع الأشياء من الحيوان ، والعروض ، والأصول كلها وغيرها ، وهو قول شاذ قاله بعض أهل مكة ، وروى فيه حديثاً منقطعاً عن النبي ﷺ ، وأما السنة المجتمع عليها ، فعلى ما قال سعيد بن المسيب - يقصد حديث مالك عن ابن شهاب عن سعيد عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف : " أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ... " الحديث (١) .

والغريب أنه عبر بالإجماع ، وبالسنة المجتمع عليها رغم مخالفة بعض المكيين الذين اعترف هو بخلافهم ١١ .

ليس هذا فحسب بل إن ابن حزم في المحلى أبطل هذا الإجماع وأغلظ فيه القول وقال : وأما الإجماع على أن لا شفعة فيما عدا ذلك فقد ذكرنا عموم الرواية عن عمر وعثمان والرواية عن ابن أبي مليكة وعطاء وهو قول فقهاء أهل مكة " (٢) .

والفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة أن المسألة السابقة كانت تناقش دعوى الإجماع على إثبات الشفعة بالأرض والعقار ، وكان الخلاف في نفي الشفعة في الأرض والعقار أما هنا فالإجماع على اختصاص الشفعة في الأرض والعقار فقط دون المنقول ، وهذه الدعوى

(١) المطأ رقم ٧١٣ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٣ وعلى ما حكاه مالك أنه الأمر الذي لا اختلاف فيه عندهم الاستذكار ج ٢١ ص ٢٦٣ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٨٦ .

أيضاً لا تصح للمخالفات السابقة التي نقلها ابن حزم مع ما نقله ابن عبد البر نفسه ، فإذا أضفنا إلى ذلك مقولة ابن حزم في مراتب الإجماع عند الشفعة " أنه لا إجماع فيها " ص ٩٠ تبين لنا عدم صحة الإجماع الذي ذكره ابن عبد البر ، وإن كان الذي ذكره هو رأي الجمهور .

(١) قال عبد الله بن محمود الموصلي :

" ولاشفعة إلا في العقار " (١) .

(٢) وقال الدريز :

" هي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة " (٢) .

(٣) وقال النووي :

" لا تثبت في منقول بل في أرض وما فيها من بناء ، وشجر تبعاً " (٣) .

(٤) وقال البهوتي :

" وتثبت الشفعة لشريك في أرض تجب قسمتها فلا شفعة في منقول كسيف ونحوها " (٤) .

من هذا يتضح أن المالكية والشافعية والحنابلة جعلوا الشفعة للشريك فقط ، بينما جعلها الأحناف للشريك والجار الملاصق ، أما الظاهرية فقد أجازوها في المنقول كالحيوان ونحوه (٥) .

ورأى الجمهور باختصاصها بالعقار من أرض وبئر ونحوه أرجح ؛ لأن الحكمة أصلاً من الشفعة هي دفع الضرر الدخيل الأجنبي الذي يأتي على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة في استعمال الحق أو استحداث المرافق المشتركة ، أو إعلاء الجدار أو إيقاد النار ، أو منع الضرر ، وإثارة الغبار ، وإيقاف الدواب ، ولعب الأولاد لا سيما إذا

(١) الاختيار جـ ٢ ص ٥٤ .

(٢) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٥٥ .

(٣) السراج الوهاج ص ٢٧٤ .

(٤) الروض المربع ص ٣٢٠ .

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ، د/وهبة الزحيلي جـ ٥ ص ٧٩٢ .

كان خصماً ، أو ضداً ، وقد يكون ذلك لدفع ضرر مؤنة القسمة كما قال المالكية والشافعية والحنابلة والمقرر في الإسلام أنه : " لا ضرر ولا ضرار " [أخرجه مسلم ^(١)] .

كما أن حسن العشرة يقتضى رعاية مصلحة الشريك ، أو الجار ورعاية المصلحة أمر مطلوب شرعاً أيضاً ، وهذه المعاني كلها متوقعة بين الناس بسبب الشركة ، أو الخلطة في المنافع كذلك هي متوقعة في رأي الحنفية - بسبب الجوار ^(٢) ، والله أعلم .

(١) انظر الأربعين النووية ص ٥٠ ط دار المنار .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ج ٥ ص ٧٩٣ ، ٧٩٤ ومراجعته .

٣٤ - الرد بالعيب

ليس للعيب حصة من الثمن

قال أبو عمر : " قد أجمعوا على أن المبتاع - المشتري - إذا وجد العيب لم يكن له أن يمسه ، ويرجع بقيمة العيب ، فدل على أن العيب لا حصة له من الثمن " (١) .

وهذا يعنى أن المشتري إذا وجد عيباً فيما اشتراه فليس له إلا الإمساك ، أو الرد من غير أن يكون للعيب حصة من الثمن .

وقد تابع ابن رشد ابن عبد البر في حكايته لهذا الإجماع فقال : " إجماعهم على أنه إذا كان في يده فليس يجب إلا الرد ، أو الإمساك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن ، وإنما ، تأثير في فسخ البيع فقط " (٢) .

وفي ذلك نظر ؛ لأن الحنابلة وإسحاق يجعلون المشتري بالخيار بين الإمساك وأخذ قيمة العيب ، أو الرد !! .

يقول ابن قدامة في المغني : " إذا اختار المشتري إمساك المعيب وأخذ الأرض فله ذلك ، وهذا قول إسحاق " (٣) .

وحجتهم : " أنه عيب ظهر لم يكن يعلم به فكان له الأرض ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أفقزة فبانَّت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع " (٤) .

وهي وجهة نظر جديدة بالاعتبار ، لأن المشتري إذا وجد عيباً وكانت له رغبة في إمساك السلعة ما الذي يمنع من تراضيه مع البائع . ويحط عنه جزءاً من الثمن مقابل ما وجدته من عيب ؟ ! .

(١) الاستذكار ج١٩ ص ٥١ .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ١٨٠ ، ١٨١ .

(٣) المغني ج٤ ص ١١٠ وأرشد مثل قلنس وفلوس وأصله الفساد وهو دية الجراحة ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها المصباح النير مادة أرشد .

(٤) المغني ج٤ ص ١١٠ ، راجع موسوعة الإجماع ج١ ص ٢٠٠ .

لذلك كان رأى الحنابلة وإسحاق أولى بالصواب إن شاء الله ^(١) ،
أما الجمهور فعلى ما قاله ابن عبد البر :-

(١) الأحناف :

" إذا وجد بالمبيع عيباً إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده ،
لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة ، ولا يوجد عندهم إمساك المبيع
بعبئه وأخذ أرش العيب ^(٢) .

(٢) المالكية :

ذكرنا فيما سبق نقل ابن رشد الإجماع على ذلك " إجماعهم على
أنه إذا كان في يده فليس يجب له إلا الرد ، أو الإمساك دليل على أنه
ليس للعيب تأثير في إسقاط شئ من الثمن " ^(٣) .

(٣) الشافعية :

" ليس له إلا الإمساك ، أو الرد إلا إذا لم يعلم المشتري بالحال
حتى قبض ، وحدث عنده عيب كان له الأرش لتعذر الرد ^(٤) .

(٤) وعند الظاهرية :

" وكل بيع تم فهلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبتة من المبتاع -المشتري-
ولا رجوع على البائع ... أما إذا وجد بالمبيع عيباً فليس له أن يمسه ويرجع
بقيمة العيب ^(٥) ، والله أعلم .

(١) موسوعة الإجماع جـ ١ ص ٢٠٠ .

(٢) فتح القدير جـ ٦ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٤ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٨٠ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٨ .

(٥) المحلى جـ ٨ ص ٣٧٩ وما بعدها ، ص ٤٠٩ وما بعدها .

" ٣٥ - جواز بيع الخيار "

ذكر أبو عمر في التمهيد ، والاستذكار : " كلاً ما يوحى ظاهر بوجود إجماع في جواز بيع الخيار "

قال في التمهيد : " تعليقاً على شراء طلحة داراً كانت لعثمان بالكوفة ولم يعينها عثمان ولا طلحة ، فقضى جبير بن مطعم فيها لطلحة بالخيار وهو المبتاع فحمله العراقيون على خيار الرؤية ، وحمله أصحاب مالك على أنه كان اشترط الخيار فكان بيع الخيار إجماعاً من الصحابة إذ لا يعلم لهؤلاء مخالف ^(١) .

وقال عن أبي برزة في رجل اشترى فرساً من رجل ، ثم أقام بقية يومهما وليلتها لم يفترقا ، وندم أحدهما ، فلم يرد الآخر إقالتة فاختصما إلى أبي برزة فقال : " قال رسول الله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وما أراكما افتترقتما " ، وكذلك عن ابن عمر ، ولا أعلم أحداً خالفهما من الصحابة فيما ذهبوا إليه ^(٢) .

وما ذكره ابن عبد البر فيه نظر حيث أن بيع الخيار يجوز عند الجمهور ومنعه الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر .

قد ذكر ابن رشد الخلاف فيها وحجة كل فريق قال : " أما جواز الخيار فعليه الجمهور إلا الثوري وابن أبي شبرمة ، وطائفة من أهل الظاهر وغمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثاً ، وما روى في حديث ابن عمر : " البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار " ، مع ملاحظة أننا نتحدث عن جواز بيع الخيار لا عن مدة الخيار فهذه مسألة أخرى ^(٣) .

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ١٨ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٢٣٦ ، الاستذكار جـ ٢١ ص ٨٩ ، ٩٠ .

(٣) والحديث صحيح رواه البخاري ، فتح الباري جـ ٤ ص ٣٣٣ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، انظر صحيح مسلم حديث ٤٤ من البيوع ، سنن ابن ماجه حديث ٢١٨١ ، انظر سبل السلام جـ ٣ ص ٦٠ ، ففي مدة الخيار رخص مالك هذا الحديث - رغم صحته - وقال ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٩ ، دراسات في السنة للأستاذ الدكتور/ محمد بلعاجي ص ٦٢ .

وحجة الثوري ومن منعه أنه غرر ، وأن الأصل هو اللزوم في البيوع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار في كتاب الله ، أو سنة ثابتة ، أو إجماع قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، إما أنه خاص لما شكى له حبان بن منقذ أنه يخدع في البيوع .

وأما حديث ابن عمر وقوله فيه : " إلا بيع الخيار " فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو : " أن يقول أحدهما لصاحبه : اختر " (١) .

ونلاحظ أن المخالفين لم يعتبروا المسألة محل إجماع بدليل نفهم له في هذه المسألة في طبقة الصحابة ومن بعدهم .

لكن رأي الجمهور هو الأولى بالصواب وذلك لصحة الآثار في هذا ؛ ولأنه ورد عن ابن عمر ، وأبي ברزة ، ولم نعثر على معارض لهما .

(١) فعند الأحناف :

الخيارات سبعة عشر خياراً بعضها يجوز وبعضها لا يجوز لكن البيع بالخيار عموماً يجوز ، وإن كانوا قد تأولوا حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقاً بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد (٢) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن جزى : " في بيع الخيار خمس مسائل المسألة الأولى في حكمه ويجوز أن يشترطه البائع ، أو المشتري ، أو كلاهما تم لمر اشترطه أن يمضي البيع ، أو يردده ما لم تنقض مدة الخيار ، أو يظهر منه ما يدل على الرضى " (٣) .

(٣) وعند الشافعية :

" يثبت خيار المجلس في أنواع البيع لما روى الشيخان أنه ﷺ قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " (٤) .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٣ ، الدر المختار جـ ٤ ص ٤٧ .

(٣) القوالين الفقهية ص ٢٠٣ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٩ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٣ ، المجموع جـ ٩ ص ٢٠٤ ، ٢١٠ .

(٤) عند الحنابلة :

" البيعان بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما لما روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وكان جميعاً ، أو يخير أحدهما الآخر فيتبايعا على ذلك فقد وجب البيع " (١) .

(٥) وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " وكل مبتاعين صرفاً ، أو غيره فلا يصح البيع بينهما أبداً وإن تقابضا السلعة والثلث ما لم يتفرقا بأبدانهما من المكان الذي تعاقد فيه البيع ولكل واحد منهما إبطال ذلك العقد أحب الآخر ، أم كره ، ولو بقيا كذلك دهرهما إلا أن يقول أحدهما للآخر : لا تبال أيهما كان القائل بعد تمام التعاقد : اختر أن تمضي البيع ، أو أن تبطله فإن قال : قد أمضيته فقد تم البيع بينهما تفرقا ، أو لم يتفرقا وليس لهما ، ولا لأحدهما فسخه إلا بعيب ، ومتى لم يتفرقا بأبدانهما ولا خير أحدهما الآخر فالمبيع باق على ملك البائع كما كان والثلث باق على ملك المشتري كما كان ينفذ في كل واحد منهما حكم الذي هو على ملكه لا حكم الآخر .

برهان ذلك قول النبي ﷺ : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر " ، وهذا يبين أن الخيار المذكور إنما هو قول أحدهما للآخر ، اختر لا عقد البيع ، على خيار مدة مسماة ، لأنه قال عليه السلام إن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع وهذا خلاف حكم البيع المعقود على خيار مدة عن القائلين به (٢) .

مع ملاحظة أن الفقهاء اختلفوا في عدد الخيارات حيث جعلها الأحناف سبعة عشرة نوعاً وعند المالكية نوعان خيار التروى وخيار نقضية أما خيار المجلس فهو باطل عندهم .

والشافعية قسموه لستة عشر نوعاً وعند الحنابلة ثمانية أنواع (٣) ، والله أعلم .

(١) العدة شرح العمدة ص ١٩٠ . الروض الربع ص ٢٤٥ .

(٢) المغلي ج ٨ ص ٣٥٢ .

(٣) رد المختار ج ٤ ص ٤٩ وما بعدها ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٣ وما بعدها ، القوالين الفقهية ص ٢٠٣ وما بعدها ، الروض الربع للبهوتي ص ٢٤٥ وما بعدها .

" ٣٦ - كسب الحجام "

قال أبو عمر عن حديث رافع بن خديج عن النبي ﷺ ، قال :
" ثمن الكلب خبيث ، ومهر البغي خبيث ، وكسب الحجام خبيث " هذا
الحديث لا يخلوا ^(١) أن يكون منسوخاً منه كسب الحجام ، أو يكون على
جهة التنزه ، وليس في عطف ثمن الكلب ، ومهر البغي عليه ما يتعلق
به تحريم كسب الحجام ، لأنه قد يعطف الشيء على الشيء ، وحكمه
مختلف ^(٢) .

وهو يقصد بحديث أنس ما رواه البخاري عن أنس بن مالك رضي الله عنه
قال : " حجلم أبو طيبة رسول الله ﷺ فأمر له بصاع من تمر ، وأمر
أهله أن يخففوا من خراجهم " ^(٣) .

وبحديث ابن عباس ما رواه البخاري أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :
" احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الذي حجمه ، ولو كان حراماً لم يعطه " ^(٤) .

أ - وما ذكره ابن عبد البر ليس محل إجماع بل فيه خلاف يقول ابن
حجر : " وكأن ابن عباس أشار بذلك إلى الرد على من قال : " إن
كسب الحجام حرام ، واختلف العلماء بعد ذلك في هذه المسألة فذهب
الجمهور إلى أنه حلال واحتجوا بحديث ابن عباس وقالوا : هو كسب
فيه دناءة وليس بمحرم فحملوا الزجر على التنزيه ، ومنهم من ادعى
النسخ ، وأنه كان حراماً ثم أبيح وجنح إلى ذلك الطحاوي ^(٥) .

(١) رواه مسلم جـ ١٠ ص ٤٧٦ ، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور ،
سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٢ .

(٢) التمهيد جـ ٢ ص ٢٢٦ .

(٣) فتح الباري جـ ٤ ص ٣٨٠ باب ٣٩ من البيوع .

(٤) فتح الباري جـ ٤ ص ٣٨٠ باب ٣٩ من البيوع حديث ٢١٠٣ ، سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٣ .

(٥) النظر فتح الباري جـ ٤ ص ٥٣٦ .

ثم رفض ابن حجر فكرة النسخ فقال : والنسخ لا يثبت بالاحتمال^(١) ، ثم قال : " وذهب أحمد وجماعة إلى الفرق بين الحر ، والعبد فكرهوا للحر الاحتراف بالحجامة ، ويحرم عليه الإنفاق على نفسه منها ويجوز له الإنفاق على الرقيق ، والدواب منها وأباحوها للعبد مطلقاً^(٢) .

ونقل الخلاف كذلك العلامة الصنعاني فقال : " وقد اختلف العلماء في أجره الحجام ، فذهب الجمهور إلى أنه حلال واحتجوا بهذا الحديث وقالوا : هو كسب فيه دناءة وليس بمحرم ، وحملوا النهي على التنزيه ، ومنهم من ادعى النسخ ، وأنه لو كان حراماً ، ثم أبيح ، وهو صحيح إذا عرف التاريخ ، وذهب أحمد وآخرون إلى أنه يكره للحر الاحتراف بالحجامة ، ويحرم عليه الإنفاق على نفسه من أجرتها ، ويجوز الإنفاق على الرقيق ، والدواب^(٣) .

ونقل كذلك الإمام النووي الخلاف فيها قال : " وقد اختلف العلماء في كسب الحجام فقال الأكثرون من السلف ، والخلف : لا يحرم كسب الحجام ، ولا يحرم أكله لا على الحر ، ولا على العبد ، وهو المشهور من مذهب أحمد ، وقال في رواية عنه قال بها فقهاء المحدثين : " يحرم على الحر دون العبد " ^(٤) .

ونقل كذلك الخلاف ابن قدامة وقال : " وقال القاضي لا يباح أجر الحجام ، وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع " ^(٥) .

وقد احتج الإمام أحمد ، ومن وافقه بحديث محيصة أنه سأل النبي ﷺ عن كسب الحجام فنهاه فذكر له الحجامة فقال : " اعلفه نواضحك " ^(٦) .

(١) فتح الباري جـ ٤ ص ٥٣٦ .

(٢) السابق نفسه .

(٣) سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٣ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٠ ص ٤٧٧ .

(٥) المغني جـ ٥ ص ٣١٣ .

(٦) فتح الباري جـ ٤ ص ٥٣٦ ، صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٤٧٧ ، سبل السلام جـ ٣ ص ١٥٣ ، مع ملاحظة أن ابن حزم ذكر عن الإجارة عموماً سواء الحجام أو لغيره فقال : لا إجماع فيها فقد منع منها كلها قوم من أهل العلم ، وإن كان الجمهور على إجازتها ، مراتب الإجماع ص ٦٠ ، وذكر ابن قدامة فيها خلاف أبي بكر الأصم ، المغني جـ ٥ ص ٢٥٠ .

ب- وقد ذكرنا أن الجمهور على حل كسب الحجام ، وهو الصواب إن شاء الله ، وذلك لصحة حديث ابن عباس أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره ولو كان حراماً لم يعطه - وقد سبق تخرجه - كذلك حمل الجمهور الأحاديث التي في النهي على لا تنزيه والارتقاء عن دنيء الأكساب ن والحث على مكارم الأخلاق ومعالي الأمور كذلك ولو كان حراماً لم يفرق فيه بين الحر والعبد ، فإنه لا يجوز للرجل أن يطعم عبده ما لا يحل ^(١) ، والله أعلم .

(١) تنوير الحوالك جـ ٢ ص ٢٤٤ ، فتح الباري جـ ٤ ص ٥٣٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٧ ص ٤٧٧ ، المغني ص ٣١٣ .

٣٧- وقت المساقاة

لا تجوز المساقاة في ثمر قد بدا صلاحه

قال أبو عمر : " وقد أجمعوا على أنه لا تجوز المساقاة في ثمر قد بدا صلاحه ، لأنه يجوز بيعه " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر فقد قال سحنون (٢) من أصحاب مالك أنه لا بأس به ، وكذلك رواية عن الشافعي أنه أجازها ، وكذلك الحنابلة .

يقول ابن رشد : " فأما الوقت المشترط في جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح ، واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح " .

وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك ، واختلف قول الشافعي في ذلك ، فمرة قال : لا يجوز ومرة قال يجوز وقيل عنه إنها لا تجوز إذا خلق الثمر " (٣) .

المساقاة هي أن يدفع الإنسان شجره إلى آخر ليقوم بسقيه - وعمل سائر ما يحتاج إليه - بجزء معلوم من ثمره " (٤) .

والمساقاة لا تصح عند أبي حنيفة أصلاً ، وتصح عند صاحبيه أبي يوسف ، ومحمد ، وبه يفتي في المذهب بشروط لحاجة الناس إليها ، وقياساً على المضاربة (٥) .

(١) التمهيد جـ ٦ ص ٤٧٤ .

(٢) هو أبو سعيد عبدالسلام بن سعيد التنوخي القيرواني ت ٢٠٤ ، شجرة النور ص ٢٥٢ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٤٩ ، الروض المربع ص ٣٠١ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٢٢ ، والملكية الفردية لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ص ٢٣٣ ولأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي بحث قيم في قضية المزارعة أو كراء الأرض ، والمساقاة إحدى صورها عرض فيه بالبحث والتحليل الآراء المختلفة في القضية وأصلها تأصيلاً جيداً فليراجعها من شاء الملكية الفردية ، وقد شغل البحث من ص ٢٢٤ إلى ص ٢٤٨ ط مكتبة الشباب ١٤٠٩ هـ ، ١٩٨٨ م وراجع دراسات في السنة ص ١٦٢ إلى ص ١٨٦ ط مكتبة الشباب ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م .

(٥) الاختيار جـ ٢ ص ٣٥٦ ، فتح القدير جـ ٩ ص ٤٨٠ .

وعند مالك تجوز على شجر أو زرع بشرط ألا يخلف فإذا كان يخلف كالموز ، وكالبقل ، والريحان ، والكرات فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيرها (١) .

وعند الشافعي تجوز على النخل ، والكرم ، ولا تجوز على المطابخ والمقاشي والعلف وقصب السكر (٢) .

وعند الحنابلة تجوز المساقاة في جميع الشجر والثمار (٣) ، وعند ابن حزم المساقاة جائزة بكل الوجوه : " وبهذا يقول جمهور الناس إلا أننا روينا عن الحسن أي البصري ت ١١٠ هـ ، - وإبراهيم - أي النخعي ت ٩٦ هـ ، كراهة ذلك ، ولم يجزه أبو حنيفة ، ولا زفر (٤) .

هذا عن أصل المساقاة أما وقتها فقلنا أن الجمهور على أنها لا تجوز في ثمر قد بدا صلاحه ، وفيها مخالفة الشافعي ، وسحنون من المالكية وظاهر مذهب الحنابلة .

(١) فعند الأحناف :

" وإنما يجوز ذلك إذا كانت تزيد بالسقي ، والعمل ، كالطلع ، والبلح ، والبسر ، ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر ، حتى لو دفعها وقد انتهت الثمرة في العظم ، ولا تزيد بعمله لا يجوز " (٥) .

(٢) وعند المالكية :

" وشرط المعقود عليه : أن لا يخلف أن لا يبدو صلاحه أي صلاحه ثمر ذلك الشجر ، فإن بدا صلاحه ، وهو في كل شيء يحسبه لم تصح مساقاته " (٦) .

(١) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٩٠ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) المغني جـ ٥ ص ٢٢٧ ، الروض المربع ص ٣٠٦ .

(٤) المحلى جـ ٩ ص ٢٢٩ ن وراجع الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ص ٢٢٤ وما بعدها ومراجعته .

(٥) الاختيار جـ ٢ ص ٣٥٧ ، فتح القدير جـ ٨ ص ٤٨٠ وما بعدها .

(٦) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٤٩ .

(٣) وعند الشافعية :

" والأظهر صحة المساقاة بعد ظهور الثمر ؛ لأنه أبعد عن الغرر للوثوق بالثمر فهو أولى بالجواز والثاني لا يصح لفوات الأعمال محل الصحة قبل بدو الصلاح أما بعده فلا يجوز قطعاً " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

" وتصح المساقاة أيضاً على شجر ذي ثمرة موجودة لم تكمل تنمى بالعمل كالمزارعة على زرع ، لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر ففي الموجود وقلة الغرر أولى " (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

" يبدو من كلام ابن حزم اشتراط عدم بدو الصلاح وهو يسميها المعاملة في الثمار : [وهي أن يدفع المرء أشجاره أي شجر كان من نخل ، أو عنب ، أو تين ، أو ياسمين ، أو موز ، أو غير ذلك لا تحاشي شيئاً مما يقوم على ساق ويطعم سنة بعد سنة لمن يحفرها ، ويذبلها ويسقيها إن كانت مما يسقى بسانية ، أو ناعورة ، أو ساقية وبأبر النخل ، ويزبر الدوالي ويحرث ما احتاج إلى حرثه ، ويحفظه حتى يتم ويجمع أو يبيع إن كان مما يبيع أو حتى يحل بيعه كذلك على سهم مسمى من ذلك الثمر ، أو مما تحلله الأصول كنصف ، أو ثلث ، أو ربع ، أو أقل ، أو أكثر] (٣) .

ولا يجد الباحث حجة لمن أجاز المساقاة بعد بدو الصلاح سوى قول البهوتي من الحنابلة أنه إذا جازت المساقاة قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز (٤) .

❀ والذي يراه الباحث هو صحة رأي الجمهور : وذلك أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيها عمل من العامل ، ولا توجد ضرورة داعية إلى المساقاة إذا كان يجوز بيعه في ذلك الوقت كما يقول ابن رشد (٥) ، والله أعلم .

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٢٦ .

(٢) الروض المربع ص ٣٠١ ، المغني جـ ٥ ص ٢٢٧ .

(٣) المحلى جـ ٩ ص ٢٢٩ .

(٤) الروض المربع ص ٣٠١ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٤٩ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٤٩ وراجع الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور/ محمد بتاجي ص ٢٢٤ وما بعدها .

٣٨ - استحباب

التسوية في العطاء بين الأبناء

قال أبو عمر : " فإن العلماء مجمعون على استحباب التسوية في العطية بين الأبناء ، ومع إجماع الفقهاء على ما ذكرنا في استحبابهم ، فإنهم اختلفوا في كيفية التسوية بين الأبناء هل يعطى الذكر مثل الأنثى ، أو يعطى الذكر مثل حظ الأنثيين قياساً على الميراث ؟ " (١) .

وقال : " والتسوية في العطايا إلى البنين أحب إلى جميعهم " (٢) ، ونلاحظ أنه كرر الإجماع مرتين مرة بـ " العلماء مجمعون " ، ومرة بـ " إجماع الفقهاء " وقد سبق في المبحث السابع من الفصل الثاني من الباب الأول الحديث عن الفرق بين هذه المصطلحات .

وما ذكره ابن عبد البر فيه نظر ؛ لأن الظاهرية يوجبون التسوية في العطاء بين الأبناء ، وإذا لم تحدث تسوية فالهبة باطلة ومردودة ومفسوخة أبداً .

قال ابن حزم : " ولا يحل لأحد أن يهب ، ولا أن يتصدق على أحد من ولده إلا حتى يعطى - كذا - أو يتصدق على كل واحد منهم بمثل ذلك ولا يحل أن يفضل ذكراً على أنثى ولا أنثى على ذكر ، فإن فعل فهو مفسوخ مردود أبداً ولا بد " (٣) .

والغريب حقاً أن ابن عبد البر كان يعلم بخلاف الظاهرية فعبر أثناء حديثه عن حديث النعمان بن بشير لما قال ﷺ لبشير : " اعدلوا بين أبنائكم " (٤) وقد حملوا هذا الأمر على الوجوب فقال أكثر الفقهاء - ولم يقل إجماع الفقهاء - على أن معنى هذا الحديث النذب إلى الخير ،

(١) التمهيد جـ ٧ ص ٢٣٤ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٢ ص ٢٩٢ .

(٣) المغلى جـ ٩ ص ١٤٢ .

(٤) والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم انظر الفتح جـ ٥ ص ٢١١ ، وصحيح مسلم بشرح النووي جـ ١١ ص ٦٨ وانظر سنن النسائي جـ ٦ ص ٢٥٨ ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ١٧١ ، وقد سبق أن أشرنا أكثر من مرة وذكرنا في المقدمة أنه يعتمد بخلاف الظاهرية ويحكي الروايم .

والبر والفضل لأن ذلك واجب فرضاً أن لا يعطى الرجل بعض ولده دون بعض على ما ذهب إليه أهل الظاهر " (١) .

وذكر صاحب سبل السلام : " أن القول بالاستحباب هو رأي الجمهور ، وذهب الجمهور إلى أنها لا تجب التسوية بل تدب ، وأطالوا في الاعتذار عن الحديث ... وقد كتبنا رسالة جواب سؤال أوضحنا فيها قوة القول بوجوب التسوية وأن الهبة مع عدمها باطلة " (٢) .

وذكر ابن جزى أن هناك رواية عن مالك بمنع التفضيل وفقاً للظاهرية (٣) .

(١) و واضح أن من ذهب إلى الوجوب استدل بحديث النعمان بن بشير فقال ﷺ لبشير "فارتجعه" ، والأمر يقتضي الوجوب كما هو مقرر في علم الأصول (٤) .

(٢) أن قوله " فارتجعه " أن الارتجاع يوجب بطلان الهبة (٥) .

(٣) أنه ﷺ قال " هذا جور " أي ظلم والظلم حرام عن المسلمين كافة .

✽ أما جمهور الفقهاء فعلى استحباب التسوية بين الأبناء في العطايا ..

(١) الأحناف :

" ولو نحل بعضا ويحرم بعضا جاز من طريق الحكم ؛ لأنه تصرف خالص مالكة لا حق لأحد فيه " (٦) .

(٢) وعند المالكية :

" فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك أي التفضيل ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ، وقال مالك يجوز التفضيل ، ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض " (٧) .

١

(١) التمهيد جـ ٧ ص ٢٣٠ ن وانظر بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢١ .

(٢) سبل السلام للأمير الصنعاني جـ ٣ ص ١٧٢ وقد ذكر أن ذلك ظاهر مذهب البخاري ، والثوري وإسحاق وآخرين وانظر الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٥ ص ٣٥ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧١ .

(٤) انظر الحكم الشرعي عند الأصوليين لأستاذنا الدكتور/ علي جمعة ص ١٤٩ ، ومراجعته ، وانظر أصول الفقه للشيخ، محمد الحصري رحمه الله ص ٢٤٢ ط مؤسسة لتولس .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٨ ، انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١١ ص ٦٨ ، وسبل السلام جـ ٣ ص ١٧٢ .

(٦) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٧) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٨ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٥٠ ، ٥١ .

(٣) وعند الشافعية :

" ويسن للوالد العدل في عطية أولاده بأن يسوى بين الذكر والأنثى ، وقيل كقسمة الإرث " (١) .

(٤) وعند الحنابلة يقول ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) :

" ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهية التفضيل " (٢) ..

❀ والذي يراه الباحث صحة رأي الجمهور لما يلي :

(١) ان الاجماع المحكي على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده فإن كان ذلك للأجنبي ، فهو للولد أخرى (٣) .

(٢) احتج الجمهور بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة ، فلما حضرته الوفاة قال : " والله يا بنية ما من أحد أحب إلي غني بعدي منك ، ولا أعز علي فقرا بعدي منك وإنني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذتيه واحتزتيه كان لك إنما هو اليوم مال وارث " (٤) .

(٣) المراد بالحديث - بشير - النذب والدليل على ذلك ، قوله ﷺ : له في بعض رواياته " فأشهد على هذا غيري " (٥) .

فلو كان حراماً ما أمر رسول ﷺ بإشهاد غيره على هذه النحلة فأفاد أن الأمر للاستحباب لا الوجوب .

(٤) أن عدم التسوية من الوالد هي محض تصرف خالص ملكه ، ولا حق لأحد فيه (٦) لذا كان رأي الجمهور أرجح وأولى بالصواب ، والله أعلم .

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠١ .

(٢) المغني جـ ٥ ص ٣٨٨ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٨ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٨ ، وانظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٩ .

(٥) صحيح مسلم جـ ١١ ص ٦٨ ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ١٧١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٨ فلو كان حراماً ما أمر رسول الله ﷺ بإشهاد غيره على هذه النحلة ، لأنه لا يأمر بمحرم .

(٦) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ .

" ٣٩ - عتق الجنين دون أمه "

قال أبو عمر : " ولم يختلفوا أنه لو قال لأمته الحامل ما ولدت فهو حرُّ أنه تلحقه الحرية إذا ولدته ، ويلزمه فيه قوله ^(١) .

وعند الإمام ابن حزم لا يجوز إلحاق العتق بالجنين دون عتق أمه : " فإن كان الجنين لم ينفخ في الروح ، فإن عتقه ينسحب إلى أمه . وإن نفخ فيه الروح فلا يجوز عتقه دون أمه " .

فهو يفرق بين الجنين الذي نفخت فيه الروح ، والذي لم ينفخ فيه ، يقول : " و لا يجوز عتق الجنين دون أمه إذا نفخ فيه الروح قبل أن تضعه أمه ولا هبته دونها ويجوز عتقه قبل أن ينفخ فيه الروح وتكون أمه بذلك العتق حرة ، وإن لم يرد عتقها ، ولا يجوز هبته أصلاً دونها ^(٢) .

ثم أخذ يفصل أحكام عتقها وهي حامل ، وجعل حد نفخ الروح فيه تمام أربعة أشهر من حملها ^(٣) .

وقد ذكر الإمام ابن حزم سلفه في هذا الرأي وهو عبدالله بن عمر رضي الله عنه وأرضاه ، فقال بعد عرض آراء الجمهور : " هذا مما خالفوا فيه ابن عمر ولا يعرف له من الصحابة مخالف " ، ثم أخذ في تفنيده حجة الجمهور وإبطالها ^(٤) .

❖ والحجة لابن حزم :

(١) أن الجنين الذي لم ينفخ فيه الروح عبارة عن جزء من أمه لا يستقل بالحكم عنها فعتقه كعتق يدها فينسحب الحكم إليها في حالة عتقه وحده لأن الله تعالى سماه خلقاً آخر ، وهو حينئذ قد يكون ذكراً ،

(١) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٢١٥ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ١٨٧ .

(٣) المحلى جـ ٩ ص ١٨٧ .

(٤) المحلى جـ ٩ ص ١٨٩ .

وهي أنثى ويكون اثنين وهي واحدة ويكون أسود وأبيض وهي بخلافه في خلقه وخلقه وفي السعادة ، والشقاء " (١) .

(٢) أنه إذا كان كما سبق فلا يجوز هبته ، ولا عتقه دونها ، لأنه مجهول ولا يجوز التقرب إلى الله ﷻ إلا فيما تطيب النفس عليه (١) ، أما الجمهور فعلى خلاف بن حزم وابن عمر .

(١) عند الأحناف :

" لو قال لها إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فهو حر وإن كان جارية ، فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية فإن علم أن الغلام ولد أولاً عتق هو لا غير وإن علم أن الجارية ولدت أولاً عتقت الأم والغلام لا غير وإن لم يعلم أيهما ولد أولاً فالغلام حر على كل حال ، لأنه لا حال له في الرق سواء أكان أولاً ، أو آخراً " (٢) .

(٢) وعند المالكية :

يجوز عتق ما في بطن الأمة دونها دون تفريق بين نفخ روح ، أو غيره .

يقول ابن رشد : " واتفق على أن من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الأم " (٤) .

* وفي المدونة :

قلت أرأيت إن أعتق رجل ما في بطن أمته ثم لحقه الدين من بعدما أعتق ما في بطنها ثم ولدته قبل أن يقوم الغرماء على سيد الأمة أن يكون لهم أن يردوا الولد في الرق أم لا في قول مالك ؟ قال ليس لهم على الولد سبيل ، لأنه قد زایل الأم قبل أن يقوم الغرماء على حقهم (٥) .

(١) المغلي جـ ٩ ص ١٨٨ .

(٢) المغلي جـ ٩ ص ١٨٨ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٨٢ ، ٨٣ ، ط دار الفكر ، الاختيار جـ ٣ ص ١٨٨ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٣ .

(٥) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) وعند الشافعية :

يجوز عتق ما في بطن الأمة دون أمه ، لأنهم أباحوا عتق أحد الشريكين ، وبقاء نصيب الشريك الآخر في الرق إذا كان المعتق معسراً.

يقول الشيرازي : " وإن كان المعتق معسراً على عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك على الرق " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

" وإن قال لأمته : كل ولد تلدينه ، فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء " (٢) ، مع ملاحظة أن ابن قدامة جعل ذلك قول الجمهور لا محل إجماع .

(١) وحجة الجمهور قوله ﷺ : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٣)

فلما قال السيد لأمته ما في بطنك حر دونك وجب الوفاء بالوعد ، ولا يصح إلزامه بعتق أمه - سواء نفخ فيه الروح أو لم ينفخ - لأنه لم تطب نفسه بعتقها ، ولم يقصده والعبرة في العقود بالمقاصد ، والمعاني لا بالألفاظ والمباني كما هو مقرر .

(٢) ما ذكره ابن حزم من وجود جهالة لا يصح لأن العقد الذي يشترط فيه عدم الجهالة هو عقد المبادلة ، كالبيع وهبة الثواب والإجارة وغيرهما فأى جهالة يعنيها ابن حزم ؟ ! وما الضرر إذا ما كان في بطن الأمة اثنان ، أو ثلاثة ، ذكراً أو أنثى ؟ فالجهالة المحرمة في العقود إنما هي لنفي الضرر ، والتنازع بين المتعاقدين أما العتق فهو محض تبرع .

يقول ابن قدامة : " ويفارق البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه المعلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ،

(١) المهذب ج٢ ص ٥٠ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٤٩٤ .

(٢) المغني ج١٠ ص ٣١٣ .

(٣) سورة المائدة : الآية ١ .

ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ، ولذلك صحة إفراد الحمل بالعتق ، ولم يصح إفراده بالبيع ؛ ولأن لاستثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وههنا إذا بطل استثناءؤه لم يبطل العتق في الأمة ويسرى العتق إليه فكيف يصح إعتاقه مع تضاد الحكم فيهما ، ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لأن العضو لا يتصور إفراده بالرق والحرية دون الحمل وكذلك لو عتق عضواً في أمته صارت كلها حرة لتشوف الشرع للعتق ، فإذا أعتق بعضها سرى إلى المستثنى و الولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية إلى أمه ، ويصح إفراده بالحرية عن أمه إذا أعتقه دونها^(١)، والله أعلم.

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٩٨ .

" ٤٠ - المكاتب عبدٌ بقي عليه شيء "

قال أبو عمر : وقد أجمع الفقهاء أن المكاتب عبد ما بقي من كتابته شيء وأنه إذا مات في حياة سيده ، أو بعد وفاته ولم يترك وفاء الكتابة أنه مات عبداً " وما يخلفه من مال لسيده " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر فقد حكى الإمام ابن حزم فيها خلافاً أنه إذا كتب إلى أجل مسمى نجم واحد ونجمين فصاعداً فحل وقت النجم ولم يؤد فقد اختلف الناس في ذلك ، ثم ذكر الآثار التي تقول أنه إذا عجز يرد عبداً وذلك عن جابر وعلى وابن عمر (٢) .

ثم قال عمر بن الخطاب وشريح إذا أدى النصف فلارق عليه وهو ، وقال ابن مسعود : " إذا أدى ثلث كتابته فهو غريم " ، وقال إبراهيم : " إذا أدى ربع كتابته فهو غريم " وهو صحيح عنهم ، وقال عطاء : " إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته فهو غريم " ، وروى عن ابن مسعود وشريح إذا أدى قيمته فهو غريم ، وهو قول صحيح عنهما (٣) .

والغريب أن ابن عبد البر نفسه قد ذكر في موضع آخر من الاستذكار خلافاً للمسألة : فأما السلف فقد روى عنهم في ذلك اختلاف كثير منه : أن المكاتب إذا عقدت له الكتابة فهو غريم من الغرماء لا يرجع إلى الرق أبداً ولأنه قد ابتاع نفسه من سيده بثمن معلوم إلى أجل معلوم (٤) .

وهذا يعني أن العبد بمجرد كتابته مع سيده لا يعود إلى الرق أبداً سواء نطق سيده بلفظ الحرية ، أو لم ينطق عجز المكاتب ، أو لم يعجز فإن عجز لا يعود عبداً بل يكون غريماً مديناً لسيده بما كاتبه .

(١) الاستذكار ج ٢٣ ص ٢٣٠ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٢٤١ .

(٣) المحلى ج ٩ ص ٢٤٢ بتصرف يسير .

(٤) الاستذكار ج ٢٣ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

و لا يمكن تفسير مخالفة ابن عبد البر لنفسه إلا لأنه كان يتوسع في استخدام مصطلح الإجماع .

ويقول ابن رشد مصوراً الاختلاف في المسألة : " اختلفوا إذا عجز عن البعض ، وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما تبقى من كتابته شيء وإنه يرق إذا عجز عن البعض ، وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدهما : أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة - أي لا يعود لرق أبداً فأكثر ، والثاني : أن يعتق منه بقدر أدى ، الثالث : أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر . والرابع : إن أدى الثلث وإلا فهو عبداً " (١) .

وجمهور الفقهاء على ما حكاه ابن عبد البر من أن المكاتب عبد ما بقي عليه شيء :-

(١) عند الأحناف :

" المكاتب عبد ما بقي عليه درهم " ، ويقول : " عجز المكاتب بوجوب رده إلى الرق " (٢) .

(٢) وعند المالكية :

" يحصل العتق بآداء جميع العوض فإن بقي منه شيء لم يعتق " (٣) .

(٣) وعند الشافعية :

" لا يعتق شيء من المكاتب حتى يؤدي للسيد الجميع من النجوم لحديث المكاتب قن ما بقي عليه درهم " (٤) .

(٤) وعند الحنابلة :

" لا يعتق المكاتب قبل أداء جميع الكتابة " .

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٧٩ .

(٢) الاختيار ج٣ ص ٢٠٢ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٨٢ .

(٤) مغني المحتاج ج٤ ص ٥٢ الوجيز للغزالي ص ٤٧٢ وانظر ليل الأوطار ج٦ ص ٩٣ .

واستشهد ابن قدامة له أيضاً بحديث أبي داود : " المكاتب عبد ما بقي عليه درهم " (١) .

(٥) وعند الظاهرية :

" أن المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى ، وأن ما كاتب عليه دين في ذمته لزمه الوفاء به ، يقول ابن حزم : " رسول الله ﷺ قد حكم بشروع العتق فيه ، بقدر ما أدى فصيح يقينا أنها دين واجب يسقط منه بقدر ما أدى منه كسائر الديون وأنه ليس عتقاً بصفة أصلاً ؛ لأن أداء بعض الكتابة ليس هو الصفة الذي تعاقد العتق عليها فإذا هي كذلك فقد قال الله ﷻ : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ (٢) ، وقال : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٣) ، فيها الوفاء بعقد الكتابة ، وأنه لا يجوز الرجوع فيها بالقول أصلاً ووجبّت النظرة إلى الميسرة ولا بد (٤) .

❁ والذي يراه الباحث :

أن المكاتب يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهاً بإياه بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده - على أقساط - فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال - وهذا قريب من رأي ابن حزم - كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل ، وقد مات .

وأيضاً لتشوف الشرع الإسلامي إلى العتق (٥) ونحمد الله أن مسألة الرق أصبحت مسألة تاريخية وقد أسهم الإسلام بدور كبير في القضاء عليها فالحمد لله ، والله أعلم .

(١) المغني جـ ١٠ ص ٣٣٩ ، انظر ليل الأوطار جـ ٦ ص ٩٣ .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

(٣) سورة المائدة : الآية ١ .

(٤) المحلى جـ ٩ ص ٢٤٢ .

(٥) عن محاضرة خطبة أملاها علينا أستاذنا الدكتور/ علي جمعة برواق الأتراك بالأزهر الشريف .

٤١ - ولد المدبرة

تبع لها في الملك والحرية

الرقيق قد يكون كاملاً ويسمى بالقرن ، وقد يكون ناقص الرق ويسمى المبعوض ، وقد يتعاقد مع سيده على دفع شئ نظير حريته ويسمى المكاتب ، وقد يعلق سيده حريته بموته ويسمى المدبر ، وقد يطاء السيد أمته بملك يمينه فتلد له وتسمى أم الولد (١) .

وقد ذكر ابن عبد البر الإجماع على أن ولد المدبرة بمنزلتها وهو تابع لها في الملك والحرية ، قال : " قد أجمعوا على أن ولدها تبع لها في الملك والحرية " (٢) .

وقد ذكر أيضاً من روى عنهم ذلك من الصحابة : " إن ولد المدبرة ، بمنزلتها إذا ماتت قبل سيدها ، وترك أولاداً وروى ذلك عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وجابر ، ولا أعلم لهم مخالفاً من الصحابة " (٣) .

وفي هذا الإجماع نظر ، لأن هناك رواية عن أحمد وأحد قولي الشافعي أن ولد المدبرة عبد وأنه لا يتبعها ، وهو اختيار المزني وهو قول جابر بن زيد وعطاء .

قال في المغني : " وذكر القاضي : أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشترط المولى ، قال : " فظاهر هذا أنه لا يتبعها ، ولا يعتق بموت سيدها " وهذا قول جابر بن زيد وعطاء ، وللشافعي قولان كالمذهبين أحدهما : " لا يتبعها وهو اختيار المزني " (٤) .

(١) المغني جـ ١٠ ص ٣١٦ ، أحكام التركات الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم شريف ص ٢٦ .
راجع الفقه الإسلامي وأدلته د/وهبة الزحيلي جـ ٨ ص ٢٥٩ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٦٥ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٥٩ .

(٤) المغني جـ ١٠ ص ٣٢٤ وقد أشار ابن رشد إلى خلاف الشافعي في المسألة ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩١ .

(١) وحجة هذا القول : " أن عنقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عنقها بدخول الدار " .

(٢) وقال جابر بن زيد : " إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت ، فإن ثمرته لك ما عشت ، ولأن التدبير وصية ولد الموصى بها قبل الموت لسيدها " (١) .

أما الجمهور فعلى قول ابن عبد البر ولعل الذي جعل ابن عبد البر يحكيه كإجماع أن روى عن عمر ، وابن عمر ، وجابر ، ولم يعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان إجماعاً كما يقول ابن قدامة (٢) .

(١) فعند الأحناف :

" ولد المدبرة مدبر فيعتق بموت سيد أمه " (٣) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد : في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذي تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنى فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعنقها ويرقون برقها ، وقال الشافعي في قوله المختار عند أصحابه : " إنهم لا يعتقون بعنقها " (٤) .

(٣) وعند الشافعية :

" ولدت مدبرة من نكاح أو زنى لا يثبت للولد حكم التدبير في الأظهر ، ولو دبر حاملاً ثبت له حكم التدبير على المذهب " (٥) .

(٤) وعند الحنابلة :

" وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها " (٦) .

(١) المغني جـ ١٠ ص ٣٢٤ .

(٢) السابق نفسه .

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٥ ص ٢٥ ، ٢٦ ، وقد ذكر الكمال أن الإجماع في هذه المسألة هو إجماع سكوتي في طبقة الصحابة ، والاختيار جـ ٣ ص ١٨٢ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩١ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٣ .

(٦) المغني جـ ١٠ ص ٣٢٣ .

(٥) والذي يفهم من كلام ابن حزم :

أن ولد الأمة بمنزلتها فهو وإن لم ينص على هذه المسألة لكن المفهوم من حديثه عن عتق الجنين دون أمه أنه بمنزلتها يقول : " فإن أعتقها وهي حامل فإن كان جنيناً لم ينفخ فيه الروح فهو حر إلا أن يستثنيه^(١) والتدبير نوع من أنواع العتق " .

❁ والذي يراه الباحث هو رجحان رأي الجمهور وهو أن ولد المدبرة بمنزلتها ويعتق بموت سيدها لما يلي :

(١) أنه الصحيح الذي روى عن عمر، وابن عمر، وجابر ، و لا يعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً سكوتياً كما يقول ابن قدامة والكمال بن الهمام^(٢) .

(٢) أن الأم استحققت الحرية بموت سيدها ، فیتبعها ولدها كأم الولد ..

(٣) أنه يفارق التعليق بصفة في الحياة ، والوصية - وهي حجة المخالفين- من جهة أن التدبير أكد من كل واحد منهما ، لأنه اجتمع فيه الأمران ، وما وجد فيه سببان أكد مما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه ، فعلى هذا إن بطل التدبير في الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم تبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمة باقية على التدبير ، وذلك كله لتشوق الشرع الإسلامي الشريف إلى العتق والقضاء على الرق^(٣) ، والله أعلم .

(١) المحلى ج٩ ص ١٨٧ .

(٢) المغني ص ٣٢٤ ، فتح القدير ج٥ ص ٢٦ .

(٣) المغني ج١٠ ص ٣٢٤ .

٤١ - أم الولد في شهادتها

وديتها وأرش جنابتها كالأمة على سيدها

قال أبو عمر : " الإجماع قد انعقد أنها لا تعتق قبل موت ^(١) سيدها ، وأنها في شهادتها ، وديتها ، وأرش جنابتها كالأمة " .

والمعروف أن جنابة العبد على سيده في ماله ، ونحن نتحدث هنا عن أم الولد وذلك أن السيد إذا وطئ جاريته فأنجبت من سيدها صارت أم ولد تعتق بمجرد موت سيدها ^(٢) .

وجمهور الفقهاء على أن جنابتها في مال سيدها كالقن : " كامل الرق " ، لكن قد حكى ابن قدامة عن أبي ثور وأهل الظاهر أن جنابتها في رقبتها كالحررة يقول مصوراً الخلاف في المسألة : أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنابتها برقبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها ، أو دونها وبهذا قال الشافعي ، وحكى أبو بكر عبدالعزيز قولاً آخر أنه يفديها بأرش جنابتها بالغة ما بلغت ، لأنه لم يسلمها في الجنابة فلزمه أرش جنابتها بالغة ما بلغت كالقن ، وقال أبو ثور ، وأهل الظاهر : ليس عليه فداؤها ، وتكون جنابتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت ؛ لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحررة ^(٣) .

ويقول ابن حزم : حكم أم الولد ما لم يمت سيدها ، أو يعتقها حكم الأمة في جميع أحكامها حاشا الصلاة ، والبيع والمؤاجرة ، والإخراج عن الملك ، والإنكاح ، واختلفوا في كل ذلك أيضاً لكن اتفقوا فيه أن حكمها حكم الأمة في حدودها ، وميراثها ، وزكاتها ^(٤) .

(١) الاستذكار ج ٢٣ ص ١٥٧ .

(٢) فتح القدير لكمال بن الهمام ج ٥ ص ٣٠٠ وما بعدها .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٤٢٣ ، أبو ثور هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي الفقيه صاحب الشافعي ، ثقة من العاشرة توفي ٢٤٠ هـ ، ترجمته تقريب التهذيب ج ١ ص ٥٦ .

(٤) مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

ومن الواضح أن أبا ثور وبعض الظاهرية الذين خالفوا في هذه المسألة جعلوا لأم الولد ذمة مالية خاصة بها ، وذلك لأنه لا يجوز بيع أم الولد عندهم فجعلوها كالحرّة (١) .

✽ لكن جمهور الفقهاء على ما حكى ابن عبد البر :

(١) ظاهر كلام الأحناف :

أنها أمة تجري عليها أحكام الإماماء قال في الهداية : " وله وطؤها واستخدامها ، وإجارتها ، وتزويجها ؛ لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة (٢) .

(٢) وعند المالكية :

" وإن جنت جناية لم يسلمها كما يسلم الأمة ، بل يكفها بالأقل من أرش الجناية ، أو قيمة رقبتها " (٣) .

(٣) وعند الشافعية :

" وله وطء أم الولد ، واستخدامها وإجارتها ، وأرش جناية عليها وعلى ولدها التابع لها ، وقيمتها إذا قتل لبقاء ملكه عليهما " (٤) .

(٤) وعند الحنابلة :

يقول الخرقى : وإذا جنت أم الولد فداها سيدها ، بقيمتها أو دونها " (٥) .

(٥) وظاهر كلام ابن حزم :

" أنها أمة تجري عليها أحكام الإماماء وكل مملوكة حملت من سيدها فأسقطت شيئاً يدري أنه ولد ، أو ولدته فقد حرم بيعها ، ولا هبتها ورهنها ، والصدقة بها ، وقرضها ، ولسيدها وطؤها ويستخدمها مدة حياته ، فإن مات فهي حرة (٦) .

(١) المغني ج٤ ص ٤٢٣ .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى لبرهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ت ٥٩٣ هـ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٨٣ .

(٤) مغني المحتاج ج٤ ص ٥٤١ .

(٥) المغني ج١٠ ص ٤٢٣ .

(٦) المغلي ج٩ ص ٢١٧ .

❖ والذي يراه الباحث هو رجحان قول الجمهور وذلك لما يلي :-

(١) أنها مملوكة لسيدها لا يزول عنها هذا الملك إلا بموت سيدها فهي أمة ما دام سيدها حياً .

(٢) أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها ، فلزمها أرش جنايتها كالقن ، ولا تلزمه زيادة على قيمتها ؛ لأنه لم يمتنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبقى محلاً للبيع ، ولا لنقل الملك فيها ، وفارقت القن إذا لم يسلمها ، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها ، فإذا امتنع مالکها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكماله في ذمته (١) .

(١) المغني ج ١٠ ص ٤٢٣ وما بعدها .

"الميراث والوصية"

" ١ - لا يرث المسلم الكافر "

قال أبو عمر : " والذي عليه سائر الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار وسائر من تكلم في الفقه من أهل الحديث أن المسلم لا يرث الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم واختلفوا في ميراث المرتد ^(١) .

يقول ابن جزى عن موانع الميراث : اختلاف الدين فلا يرث كافر مسلماً إجماعاً ولا يرث مسلم كافراً عند الجمهور ^(٢) .

الكلام عن ميراث المسلم الكافر ، أما ميراث الكافر للمسلم فلم يعثر الباحث فيه على مخالفة وقد حكى عليه الإجماع ابن رشد ، وابن جُزي وابن عبد البر وغيرهم ^(٣) .

ويقول ابن رشد : " أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى : ﴿ وَلَنَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ " ^(٤) .

ولما ثبت من قوله ﷺ : " لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم " ^(٥) .

واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المرتد ، فذهب الجمهور إلى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ، وذهب معاذ ومعاوية من الصحابة ، وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا كما يجوز أن ننكح نسائهم ، ولا يجوز لنا أن ننكحهم نسائنا كذلك الإرث ،

(١) التمهيد جـ ٩ ص ١٦٤ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٩١ .

(٣) انظر الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٩٠ ، التمهيد جـ ٩ ص ١٦٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٢ .
القوانين الفقهية ص ٢٩١ .

(٤) سورة النساء : الآية ١٤١ .

(٥) رواه الترمذي في أبواب الفرائض باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر عن أسامة بن زيد وقال :
حديث حسن صحيح .

وروا في ذلك حديثاً مسنداً - ليس بالقوى عند الجمهور ، وشبهوه أيضاً بالقصاص في الدماء التي لا تتكافأ " (١) .

وقال في المغني : " وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية أنهم ورثوا المسلم من الكافر ، ولم يورثوا وحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وعلى ابن الحسين ، وسعيد بن المسيب ، وعبدالله بن معقل ومسروق والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر وإسحاق وليس بموثوق عنهم (٢) .

وروى أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال : حدثني أبو الأسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال : " الإسلام يزيد ولا ينقص " (٣) .

وقال ابن حزم : " وروينا عن معاذ بن جبل ومعاوية ومسروق أن المسلم يرث قريبه الكافر " (٤) .

وقال في مغني المحتاج : " المسلم لا يرث الكافر وهي مسألة خلاف بين العلماء " (٥) .

وجمهور العلماء على ما حكاه ابن عبد البر من أن المسلم لا يرث الكافر .

(١) الأحناف :

" لا يرث كافر من مسلم ولا مسلم من كافر والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً " (٦) .

(٢) المالكية :

" فلا يرث كافر مسلماً إجماعاً ، ولا يرث مسلم كافراً عند الجمهور " (٧) .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٣ ، المغني جـ ٦ ص ٢٤٦ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٢٤٦ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٢٤٦ .

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٨ ، المال في الشريعة الإسلامية ص ١٩٦ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٥ .

(٦) الاختيار جـ ٤ ص ١٩٦ .

(٧) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٢ .

(٣) وعند الشافعية :

يقول أبو عبدالله الرحبي ت : ٥٧٧ هـ

ويمنع الشخص من الميراث واحدة من علل ثلاث
رق وقتل واختلاف دين فافهم فليس الشك كاليقين (١)

(٤) وعند الحنابلة :

" موانع الميراث وهو ثلاثة أحدها اختلاف الدين فلا يرث أهل ملة أهل ملة أخرى
لقول رسول الله ﷺ : لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم " (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " ولا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم
المرتد وغير المرتد سواء " (٣) .

✽ والذي يراه الباحث هو رجحان رأي الجمهور وذلك لما يلي :-

- (١) عملاً بعموم قوله ﷺ : " لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر " (٤).
- (٢) لا يصح القياس على جواز مناكحة نسائهم ، لأن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة ، ولا موالاة بين المسلم ، والكافر بحال ، وأما النكاح فمن نوع الاستخدام (٥) .
- (٣) وأما حديثهم - الإسلام يزيد ولا ينقص ، فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يُسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ، ولا ينقص بمن يرتد لقلّة من يرتد ، وكثرة من يسلم (٦) .
- (٤) أن حديثهم مجمل وحديث لا يرث المسلم الكافر مفسر ، وهو حديث متفق عليه فتعين تقديمه ، لأن حديث " الإسلام يزيد ولا ينقص " غير متفق على صحته (٧) ، والله تعالى أعلم .

(١) بغية الباحث في الموارث لأبي عبدالله الرحبي ص ٦ .

(٢) العدة شرح العمدة ص ٢٨٣ .

(٣) المحلى ج٩ ص ٣٠٤ .

(٤) رواه الترمذي في أبواب الفرائض باب ما جاء في أبطال الميراث بين المسلم والكافر ، المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ، ص ١٩٦ .

(٥) مغني المحتاج ج٣ ص ٢٤ .

(٦) المغني ج٦ ص ٢٤٦ .

(٧) المغني ج٦ ص ٢٤٦ .

" ٢ - البنات لهما الثلثان كالبنات "

قال أبو عمر : " عرف من ابنتي سعد بن الربيع الأنصاري ميراث الاثنتين من البنات وأنهما كالثلثة فأكثر لا الواحدة ، وقد قيل أن ذلك أخذ قياساً واعتباراً بالأختين ، وهذا والحمد لله إجماع وإن اختلف في السبب " (١) .

وقال أيضاً : " وقد أعطى رسول الله ﷺ ابنتي سعد بن الربيع الثلثين ولأمهم الثمن والباقي لعمهم وهذه سنة مجتمع عليهما لا خلاف فيها والحمد لله " (٢) .

وقال أثناء الحديث عن الأخوة لأم وحجبهم الأم من الثلث إلى السدس ومن الحجة لهم إجماع المسلمين على أن البنتين ميراثهما كميراث البنات ، وكذلك ميراث الأخوة لأم (٣) .

ويقول ابن حجر : " وقد انفرد ابن عباس بأن حكمهما حكم الواحدة وأبي ذلك الجمهور " (٤) .

ويقول أستاذنا الدكتور/أحمد يوسف ، " وقد اجتمع جمهور الفقهاء إلا ابن عباس على أن لهما الثلثين " (٥) .

وقد ذكر الجصاص وابن حزم وابن قدامة وابن تيمية - رحمهم الله - أنه قد روى عن ابن عباس : " أنه جعل للبنتين النصف كنصيب الواحدة ولا ولد للميت ذكراً " (٦) .

(١) التمهيد جـ ٢٤ ص ٩٦ .

(٢) الاستدكار جـ ١٤ ص ٢٩٥ .

(٣) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٠٨ ، وراجع جـ ١٥ ص ٣٨٩ .

(٤) الفتح جـ ١٢ ص ١٦ .

(٥) المال في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٤ .

(٦) النظر المحلى جـ ٩ ص ٢٧١ ، مجموع فتاوى ابن تيمية جـ ٣١ ص ٣٥٠ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص

١١٧ ، ١١٨ ، المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ١٦٥ ، رخص ابن عباس ص ٣٩٩ .

يقول ابن قدامة : " أن فرض البننتين الثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس أن فرضهما النصف لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنْ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثَلَاثًا مَا تَرَكَ ﴾ ^(١) .

فمفهوم أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان والصحيح قول الجماعة ^(٢) .
وقد وضح الإمام ابن كثير هذا المفهوم ورد عليه وإن لم ينسبه إلى ابن عباس فقال : " قال بعض الناس : قوله " فوق " زائدة وتقديره فإن كن نساء اثنتين كما في قوله ﷺ : ﴿ فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ ﴾ ^(٣) .
وهذا غير مسلم لا هنا ولا هناك ، فإنه ليس في القرآن شيء زائد لا فائدة فيه وهذا ممتنع ثم قوله ﷺ : ﴿ فَلَهُنَّ ثَلَاثًا مَا تَرَكَ ﴾ ^(٤) لو كان المراد ما قالوا لقال فلهما ثلثا ما ترك ، وإنما استفيد كون الثلثين للبننتين من حكم الأخنتين في الآية الأخيرة ^(٥) .

✽ أما جمهور الفقهاء فعلى أن البننتين لهما الثلثان :-

(١) الأحناف :

" وللبنتين فصاعداً الثلثان " ^(٦) .

(٢) المالكية :-

" وأما الثلثان فأكثر فللاثنتين فأكثر من البنات " ^(٧) .

(٣) الشافعية :

" والثلثان فرض أربعة " البننتين " ^(٨) .

(١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) المغني ج١ ص ١٦٥ .

(٣) سورة الأنفال : الآية ١٢ .

(٤) سورة النساء : الآية ١١ .

(٥) تفسير ابن كثير ج١ ص ٤٥٨ ، انظر المال في الشريعة الإسلامية بين الكسب والإنفاق والتوريث لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٢٠٤ .

(٦) الاختيار ج٤ ص ١٦٠ .

(٧) القوانين الفقهية ص ٢٨٥ .

(٨) متن الغاية والتقريب للقاضي أبي شجاع ت ٤٨٨ .

(٤) يقول ابن قدامة :

· " أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان " (١) .

(٥) يقول ابن حزم :

" فإن ترك ابنتين فصاعداً وبني ابن ذكور فللبنتين الثلثان " (٢) .

❖ وقد استدل الجمهور بما يلي :--

(١) أن فرض البنيتين الثلثان لأن حكم الأختين المذكور في قوله ﷺ :
« **فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك** » (٣) .

يدل على أن البنيتين أولى بالثلثين من الأختين لأنهما أقرب إلى الميت من الأختين وإن كانت الأخت بمنزلة البنت فكذلك البنات في استحقاق الثلثين (٤) .

وقال ابن قدامة : " ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فلأثنتين منهم الثلثان كالأخوان من الأبوين والأخوات من الأب وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فالاثنتين منهم فرض الجماعة كولد الأم والأخوات من الأبوين ، أو من الأب " (٥) .

(٢) وأيضاً فإن الله ﷻ : « **وإن كانت واحدة فلهما النصف** » فقد حكم ﷻ للواحدة منفردة بالنصف ، ولو كان للبنتين النصف لنص عليه أيضاً ، فدل ذلك على أن البنيتين في حكم الثلاث " (٦) .

(٣) وقد استدل ابن تيمية على أن للبنتين الثلثين بدلالة قوله ﷻ : « **يؤتيكم الله**
في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن
ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلهما النصف » (٧) ، فالبنت لها مع أخيها

(١) المغني جـ ٦ ص ١٦٥ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ٢٧١ .

(٣) سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي جـ ١ ص ٣٤١ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١٧ ، ١١٨ .

(٥) المغني جـ ٦ ص ١٦٥ .

(٦) تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٤٥٨ .

(٧) سورة النساء : الآية ١١ .

الذكر الثلث ولها وحدها النصف، ولما فوق اثنتين الثلثان ، فإن كان لها مع الذكر الثلث لا الربع فأنى يكون لهما مع الأنثى الثلث لا الربع أولى وأحرى ، ولأنه قال : وإن كانت واحدة فلها النصف فقيد النصف بكونها واحدة فدل بمفهومه على أنه لا يكون لها إلا مع هذا الوصف بخلاف قوله : **﴿وإن كن نساء﴾** ذكر ضمير كن ، ونساء وذلك جمع لم يتمكن أن يقال اثنتين ضمير الجمع لا يختص باثنتين ولأن الحكم لا يختص باثنتين فلزم أن يقال : فوق اثنتين وإذا كانت واحدة فلها النصف، ولما فوق اثنتين الثلثان امتنع أن يكون للبنتين أكثر من الثلثين فلا يكون لها جميع المال لكل واحدة النصف فإن الثلاث ليس لهن إلا الثلثان فكيف الثلاثة ؟ ولا يكفيها النصف لأنه يشترط أن تكون واحدة، فلا يكون لها إذا لم تكن واحدة وهذه الدلالة تظهر من قراءة النص وإن كانت واحدة ، فإن هذا خبر كان : تقديره ، فإن كانت بنتاً واحدة أي مفردة، ليس معها غيرها **﴿فلما النصف﴾** ^(١) فلا يكون لها ذلك إذا كان معها غيرها ، فانتفى النصف وانتفى الجميع فلم يبق إلا الثلثان وهذه دلالة من الآية ^(٢) .

(٤) ومما اختج به - كذلك - ما رواه جابر بن عبد الله قال : " جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله ﷺ : " هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ؟ ولا ينكحان إلا ولهما مال : قال : فنزلت آية الميراث ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال أعط ابنتي سعد الثلثين ، وأمهما الثمن وما بقى فهو لك " ^(٣) .

(٥) وهذا الحديث بيان لمعنى الآية وتفسير لها قال في المغني واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ^(٤) .

هذا ولم ينص في أحكام القرآن للجصاص ولا المحلى وأحكام القرآن لابن العربي والمغني ومجموع فتاوى ابن تيمية أن ابن عباس قد رجع عن قوله .

(١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣١ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الترمذي في كتاب الفرائض باب ما جاء في ميراث البنات ، وابن ماجه في كتاب الفرائض باب فرائض الصلب .

(٤) المغني ج ٦ ص ١٦٥ .

ويذكر أستاذنا الدكتور/إسماعيل سالم -رحمه الله - أن بعض الفقهاء قد ذهب إلى أن الرواية عن ابن عباس منكرة لم تصح وأن قوله موافق للإجماع ونسب ذلك إلى ابن عبد البر .

يقول الشيخ/البقري في حاشيته على شرح سبط المارديني للرحبية : هذا منكر لم يصح عنه ، والذي صح عنه موافقة الإجماع ^(١).

وقال في العذب الفائض : " قال الشريف الأرموي صح عن ابن عباس رجوعه عن ذلك وصار إجماعاً إذ الإجماع بعد الاختلاف حجة وحكى الإجماع الشنشوري - رحمه الله - وقال ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه فمنكر لم يصح عنه ^(٢) .

وقال الشيخ/حسنين مخلوف : وقيل إن رواية هذا عنه غير صحيحة " ^(٣) .

ويؤكد القرطبي في جامعہ صحۃ الروایة عنه ولم يذكر رجوع ابن عباس : " والصحيح عن ابن عباس أنه أعطى البنيتين النصف " ^(٤).

فما يؤكد صدوره عن ابن عباس ولو رجع لذكره المتقدمون كالجصاص وغيره ^(٥) .

وعلى كل حال رأى ابن عباس هذا ضعيف وقول الجمهور هو الأولى بالصواب ولعله معذور بعدم بلوغ الحديث إليه ، قال ابن حجر : " وليعتذر عن ابن عباس بأنه لم يبلغه حديث " امرأة سعد بن الربيع فوقف مع ظاهر الآية " ^(٦) ، والله تعالى أعلم .

(١) الرحبية بشرح سبط المارديني وحاشية البقري ص ٥٧ إدارة إحياء التراث بقطر عن رخص ابن عباس ص ٤٠٢ .

(٢) العذب الفائض شرح عمدة الفارض ج ١ ص ٥٢ للشيخ/إبراهيم عبد الله الفرضي ط دار الفكر ١٣٩٤هـ .

(٣) المواريث في الشريعة الإسلامية ص ٥١ نقلاً عن رخص ابن عباس ص ٤٠٢ .

(٤) تفسير القرطبي ج ٢ ص ١٦٣٣ .

(٥) رخص ابن عباس ص ٤٠٣ .

(٦) فتح الباري ج ١٢ ص ١٦ .

٣- يحجب الأم عن الثلث إلى

السدس اثنان من الأخوة أو الأخوات

حكى ابن عبد البر الإجماع : "على حجب الأم من الثلث إلى السدس باثنين من الإخوة فأكثر " .

قال : " وقد أجمعوا وابن عباس معهم في زوج ، وأم ، وأخت لأم ، أو أخوة لأم أن للزوج النصف ولكل واحد من الأخ أو الأخت السدس وللأم السدس فدل على أنهما قد حجبا الأم عن الثلث للسدس ولو لم يحجبها لعالت الفريضة وهي غير عاتلة عند الجميع ^(١) .

وقال : " و قد أجمعوا أيضاً على أن حجبا الأم عن الثلث إلى السدس بثلاث أخوات ونسب في لسان العرب بإخوة ، وإنما هن أخوات فحجبها باثنين من الإخوة أولى ، وقال بعض المتأخرين ممن لا يُعد خلافاً على المتقدمين لا أنقل الأم من الثلث إلى السدس بأختين ولا بأخوات منفردات حتى يكون معهما أخ ... وهذا شذوذ لا يعرج عليه ولا يلتفت إليه ، لأن الصحابة صرفوا الإخوة على ظاهره إلى اثنين وذلك لا يكون إلا توقيفاً " ^(٢) .

وقد ذكر الإمام الطبري ، والقرطبي ، وابن كثير ، وغيرهم خلافاً فيها لابن عباس عن شعبة مولى ابن عباس عن ابن عباس : أنه دخل على عثمان رضي الله عنه فقال : " لِمَ صار الأخوان يردان الأم إلى السدس وإنما قال الله : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ ﴾ ^(٣) والأخوان في لسان قومك ليسا بإخوة .

فقال عثمان هل أستطيع نقض أمر كان قبلي وتوراثه الناس ومضى في الأمصار ^(٤) ، وهذا القول ليس قول ابن عباس فقط بل قول معاذ بن جبل رضي الله عنه أيضاً يقول ابن قدامة : وقال ابن عباس : " لا يحجب

(١) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٠٩ .

(٢) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٠٩ .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٤) تفسير الطبري جـ ٤ ص ٢٧٨ ، ط الحلبي ١٣٧٣ هـ - ١٩٥٤ م ، تفسير القرطبي جـ ٢ ص ١٦٤٢ ، تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٤٥٩ ، أحكام للجصاص جـ ٢ ص ١٢٠ وما بعدها ، أحكام القرآن للكنز المراسي جـ ١ ص ٣٤٦ .

الأم عن الثلث إلى السدس من الإخوة والأخوات إلا ثلاثة ، وحكى ذلك عن معاذ لأن الله ﷻ قال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ ^(١) ، وأقل الجمع ثلاثة ... وقال ابن عباس لعثمان : ليس الأخوان أخوة في لسان قومك فلم يحجب بهما الأم ؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضي في البلدان وتوارث الناس به ^(٢) .

ويقول أستاذنا الدكتور/إسماعيل سالم رحمه الله - وقد أقر عثمان بذلك ولم ينكر لكنه قدم عليه الإجماع من أكابر الصحابة الذي ساد في الناس قبل مخالفة ابن عباس .

وقد أخذ ابن حزم برأي ابن عباس وانتصر له ورد قول الجمهور بأن أقل الجمع اثنان : " لأن بنية الثنية في اللغة تخالف بنية الجمع بالثلاثة فصاعداً فلا يجوز لأحد أن يقول : الرجلان قاموا ، ولا المرأتان قمن " ^(٣) .

وذهب الجمهور إلى أن أخوين فصاعداً ذكوراً كانوا أو إناثاً أشقاء ، أو لأب ، أو لأم يحجبون الأم من الثلث إلى السدس ^(٤) .

(١) الأحناف :

" الأم ولها ثلاثة أحوال السدس مع الولد وولدا الابن واثنين من الأخوة والأخوات من أي جهة كانوا والثلث عند عدم هؤلاء " ^(٥) .

(٢) المالكية :

" الأم ينقلها من الثلث إلى السدس الابن وابن الابن ، والبنت ، وبنت الابن واثنان فأكثر من الإخوة والأخوات سواء كانوا شقائق أو لأب أو لأم " ^(٦) .

(١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) المغني ج٦ ص ١٦٩ .

(٣) المحلى ج٩ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ .

(٤) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٩٣ ، انظر المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٢٠٩ ، ٢١٠ .

(٥) الاختيار ج٤ ص ١٦٣ .

(٦) القوانين الفقهية لابن جزي ت ٧٤١ هـ ص ٢٨٦ .

(٣) وعند الشافعية :

" والسدس فرض سبعة الأم مع الولد ، أو ولد الابن ، أو اثنين فصاعداً من الإخوة والأخوات " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

" يقول الخرقي : ولألم الثلث إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ... فإن كان له ولداً أو أخوات أو أختان فليس لها إلا السدس (٢) .

(٥) وقلنا إن رأى الظاهرية :

" موافق لرأي ابن عباس منهم أيضاً على خلاف رأي الجمهور " (٣) .

❁ وقد استدلل الجمهور على رأيه بما يلي :-

(١) أن أقل الجمع اثنان ، وأن اسم الإخوة قد يقع على الاثنين ، وقد جاء في القرآن ما يدل على ذلك قال الله ﷻ : ﴿ إِن تَتُوبَا إِلَى اللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾ (٤) ، وهي قلبان وقال ﷻ : ﴿ وَهَلْ أَتَاكُمْ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسُوْرُوا الْمِحْرَابَ ، إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَهَزَمَ مِنْهُمْ ﴾ (٥) ، قالوا : لا تخف خصمان يعني بعضنا على بعض [، فأطلق لفظ الجمع : تسوروا دخلوا على الخصمين .

وقال ﷻ : ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ (٦) فعبّر عن حكم داود وسليمان بضمير الجميع " لحكمهم " .

وقد سبق أن ذكرنا أن ابن حزم رد هذا الدليل لأن بنية التثنية في اللغة العربية تخالف بنية الجمع بالثلاثة فصاعداً .

(١) من الغاية والتقريب للقاضي أبي شجاع .

(٢) المغني ج٦ ص ١٦٩ .

(٣) المحلى ج٩ ص ٢٢٨ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤ .

(٥) سورة (ص) : الآية ٢١ ، ٢٢ .

(٦) سورة الأنبياء : الآية ٧٨ .

وكلام ابن حزم هذا صحيح إذا قصد به الأصل ، لكن قد يطلق لفظ الأخوة على الأخوين معدولا به عن الأصل كما يطلق لفظ الجمع في موضع الواحد ، ويعبر عن الواحد بلفظ الاثنين مثل قوله ﷺ : ﴿ نَحْنُ قَسَمْنَا ﴾ ^(١) ، والتعبير عن الواحد بلفظ الاثنين كقوله تعالى : ﴿ أَلْقِيَا فِي جَهَنَّمَ كُلَّ ﴾ ^(٢) ، وهو يريد الواحد إلا أن كل ذلك خلاف الأصل والوضع وليس الكلام فيه ^(٣) .

(٢) أما اعتراض ابن حزم على الاستشهاد بالآيات حيث عبر عن المثني بلفظ الجمع فاعتراض متهاافت فقد قال في قوله ﷺ : ﴿ فَقَدْ صَغُفَ قُلُوبُكُمْ ﴾ ^(٤) ، وهذا لا حجة فيه لأن في لغة العرب أن كل اثنين من اثنين فإنه يخبر عنهما بلفظ الجمع ، وهذا حجة عليه لاله ، وقال في قوله ﷺ : ﴿ وَهَلْ أَتَاكُمْ نَبَأُ الْخُسُوفِ إِذْ تَسُوْرُوا الْمِحْرَابَ ﴾ ^(٥) وهذا لا حجة لهم فيه لأنه لا نكرة في دخولهما ومعهما غيرها ^(٦) ، وهذا خلاف الظاهر من الآية ^(٧) .

(٣) ومن اللافت للنظر أن ابن حزم نفسه حين ذكر رواية ابن عباس التي صدرنا به هذه المسألة عبر عن الأخوين في كلمة ابن عباس التي وجهها لعثمان - والتي ذكرها ابن قدامة في المغني - بلفظ فقال : "والأخوات في لسان قومك ليسوا بأخوة ، وأصل الرواية في تفسير الطبري وابن كثير " ليسا بأخوة " ^(٨) .

فهل جرى الحق على قلم ابن حزم فكتب غير ما يريد أم أنه خطأ مطبعي ؟ !! الله أعلم .

(١) سورة الزخرف : الآية ٣٢ .

(٢) سورة (ق) : الآية ٢٤ .

(٣) انظر القرآن للكبها المراسى .

(٤) سورة التحريم : الآية ٤ .

(٥) سورة (ص) الآية ٢١ .

(٦) المحلى جـ ٩ ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٧) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٩٤ .

(٨) تفسير الطبري جـ ٤ ص ٢٧٨ ، تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٤٥٩ .

(٤) وصحيح أن لفظ الجمع قد يطلق على اثنين لأن التثنية ضم شئ إلى مثله باعتبار أن حقيقة الجمع مأخوذة من اجتماع الشئ إلى مثله وعلى هذا المعنى جاء الحديث الذي رواه الجصاص والقرطبي عن النبي ﷺ أنه قال : " اثنان فما فوقهما جماعة أي من جهة الاشتقاق اللغوي " (١) .

(٥) وليس في جواب الفقهاء بهذا قناعة عن احتجاج ابن عباس بظاهر الآية حيث أطلقت لفظ الإخوة في موضع الأخوين إذ قد يطلق لفظ الجمع مراداً به التثنية معدولاً به عن الأصل كما ذكرنا آنفاً وبنية التثنية غير بنية الجمع كما قال ابن حزم .

قال الكيا الهراسي بعد ذكره عدم قناعة الرد ، من هذا الوجه : "وليس يبقى بعد النزول عن الظاهر إلا أن يقال : النص وإن ورد في الثلاث فلا يمتنع الاثنان به بطريق الاعتبار " .

ووجه الاعتبار أن الله ﷻ ألحق الاثنين بالثلاث فيما يتعلق بميراث الإخوة في استحقاقات الثلثين وفيما يتعلق بميراث البننتين وغير بين الواحدة واثنين ، فيدل على أن حكم الاثنين أقرب إلى الثلاثة منه إلى الواحد " (٢) .

ومع وجاهة رد الكيا الهراسي ذكر ثلاثة أوجه يمكن أن يعترض بها - ابن عباس ومعاذ وابن حزم - على الجمهور نوجزها فيما يلي :-

(١) أن الله تعالى قيد في الآية حجب الأم عن الثلث إلى السدس بعدد فقال ﷻ : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ ﴾ (٣) ، فهذا شرط لا يجوز تركه ، وإلغاؤه فإذا حصل بالاثنتين فقد بطل فحوى الكلام في التقيد .

(٢) أنه لا يجوز إسقاط حق كل مستحق للميراث ، أو الانتقاص منه إلا بنص شرعي قاطع وظاهر النص في الآية يشهد للثلاثة لا للاثنين فمن لا يحجب الأم بالاثنتين متعلق بالظاهر من جهة وبالأصل في ميراث الأم من جهة أخرى .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ١٢٠ وما بعدها ، تفسير القرطبي ج٢ ص ١٦٤٣ .

(٢) أحكام القرآن للكيا الهراسي ج١ ص ٣٤٧ .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٣) أنه لا يلزم من مساواة الأخوين للثلاث في حكم من أحكام الميراث مساواتهما في كل حكم ، فإن الجدة الواحدة تساوي الجدات في نصيب الجدات ، وبنات الابن مع البنات الواحدة حكمها حكم الجماعة ، فإنه لا يفرق بين بنت الابن وكذلك في الأخوات مع الأخت من الأب والأم فليس لذلك قانون مطرد (١) .

والذي يمكن أن يقال : إن جماهير العلماء من الصحابة والفقهاء بعدهم قد اتفقوا على مخالفة الظاهر الذي تمسك به ابن عباس ونصره ابن حزم ولعلهم لم يتفقوا على مخالفة هذا الظاهر إلا بتوقيف لم ينقل (٢) .
وغايه تتمر أن رأى ابن عباس وغيره اجتهد إن أصابوا فلهم أجران وإن أخطأوا فلهم أجر ، والله تعالى أعلم .

(١) أحكام القرآن للكبى الهراسي جـ ١ ص ٣٤٧ ، ٣٤٩ .

(٢) رخص ابن عباس ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ .

" ٤ - حجب الإخوة بالأب "

من المتفق عليه بين جماهير العلماء أن الأب يحجب الأخوة وبنيتهم من جميع الجهات سواء أشقاء ، أو لأب أو لأم .

وقد حكى ابن عبد البر الإجماع على هذا فقال : " كما يحجب الأبُ الأعمام وبنيتهم بإجماع لأنهم يدلون به إلى الميت ويحجب الأخوة للأم ذكورهم وإنثائهم بإجماع ويحجب بنى الأخوة للأب والأم ، وبنى الإخوة للأب ، وبنى الأخوة للأمه بإجماع ^(١) .

ويقول : " وكل من تكلم في الفرائض من الصحابة ، والتابعين وسائر علماء المسلمين لا يختلفون في أنه لا يرث أخ من أي وجه كان مع الوالد كما لا يرثون مع الابن وهذا أصل مجتمع عليه ، وإنما اختلفوا في ميراث الإخوة مع الجد لا مع الأب ^(٢) .

وهذه المسألة تتعلق بالمسألة السابقة ؛ لأن ابن عباس أعطى الإخوة - السدس - الذي حجبوا الأم عنه ، يقول ابن جُزَي : " وكل محجوب فلا يحجب غيره وهم يحجبون الأم من الثلث إلى السدس ، وقال ابن عباس : من بين سائر الصحابة والفقهاء لا يحجبهم الأب حينئذ بل يأخذون السدس الذي حجبوا الأم عنه ^(٣) .

ويقول القرطبي : وروى عن ابن عباس أنه كان يقول : " السدس الذي حجب الأخوة الأم عنه هو للإخوة " ^(٤) .

ويقول أستاذنا الدكتور/إسماعيل سالم - رحمه الله - " إن ابن عباس خالف الجمهور حيث أعطى السدس الذي حجبته الأخوة عن أمهم لهم " ^(٥) .

(١) الاستذكار ج ١٥ ص ٤٧٨ .

(٢) الاستذكار ج ١٥ ص ٤٦٣ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٨٨ .

(٤) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٦٤٢ .

(٥) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٩٨ .

والأصل في ذلك ما رواه عبدالرزاق الصنعاني في مصنفه عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه قال : " كان ابن عباس يقول في السدس الذي حجة الأخوة (لأم) : هو للإخوة (لأم) هكذا في النص ولغنه (عن الأم) (١) .

وفي رواية أخرى بالسند نفسه عن ابن جريج كان ابن عباس يقول : " السدس الذي حجزته الأم للإخوة " (٢) .

ويقول ابن كثير : " لكن روى عن ابن عباس بإسناد صحيح أنه كان يرى أن لهم السدس الذي حجبوه عن أمهم ، وهذا قول شاذ رواه ابن جرير في تفسيره (٣) . والجمهور على ما حكى ابن عبد البر .

(١) الأحناف :

يقول الجصاص : " فأما الإخوة من الأم فليس إلى الأب شيء من أمرهم ، وهم يحجبون أيضاً كما يحجب الأخوة من الأب والإم إلا شيئاً يروى عن ابن عباس " (٤) .

(٢) المالكية :

" ولا ميراث للإخوة والأخوات مع الأب " (٥) .

(٣) وعند الشافعية :

" والأخ لأبوين يحجبه الأب وأخ لأبوين ولأم يحجبه أب وجد " (٦) .

(٤) الحنابلة :

يقول الخرقي : " ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكر أو كان الولد ، أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ، ولا مع أب " (٧) .

(١) مصنف عبدالرزاق جـ ١٠ ص ٢٥٦ أثر رقم ١٩٠٢٧ .

(٢) المصنف جـ ١٠ ص ٢٥٦ أثر ١٩٠٢٩ ، وانظر أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٢٠ وما بعدها .

(٣) تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٤٥٩ ، وانظر تفسير الطبري جـ ٤ ص ٢٨٠ .

(٤) أحكام القرآن جـ ٢ ص ١٢٠ .

(٥) الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد ص ٤٦٥ ، تفسير القرطبي جـ ٣ ص ١٦٤٢ .

(٦) مغني المحتاج جـ ٣ ص ١١ .

(٧) المغني جـ ٦ ص ١٦٣ .

(٥) الظاهرية :

" ولا تـرث الأخوة الذكور ، ولا الإناث أشقاء كانوا ، أو لأب ، أو لأم مع الجد أبى الأب - لا مع أب الجد المذكور والجد المذكور أب إذا لم يكن أب (١) .

فابن حزم جعل الجد أب في حجب الإخوة من جميع الجهات ، معنى هذا أن الأب يحجب الإخوة من جميع الجهات .

❁ والذي يراه الباحث هو رجحان قول الجمهور يحجب الأب

الإخوة من جميع الجهات وذلك لما يلي :-

(١) أن السدس الذي حجبوه عن الإم إنما أخذه الأب دونهم ، لأنه يؤمنهم ويلى نكاحهم والنفقة عليهم (٢) .

(٢) بجانب أن قول ابن عباس لا مسند له يصح لذا فهو مخالف لقول جماهير علماء الأمة حتى قال عنه الطبري ت ٣١٠ هـ بأنه : " قول لما عليه الأمة مخالف ، وذلك أنه لا خلاف بين الجميع ألا ميراث لأخي ميت مع والده ، فكفى إجماعهم على خلافه شاهداً على فساد (٢) .

(٣) هذا بجانب أن الإمام الطبري في تفسيره ذكر أن هناك رواية أخرى خلاف قوله ذاك (٤) .

وقد وضح الإمام القرطبي تلك الرواية بقوله : " وروى عنه - ابن عباس - مثل قول الناس : " أنه للأب " أي السدس الذي انتقص من الأم يكون للأب (٥) ، والله أعلم بالصواب .

(١) المحلى ج٩ ص ٢٨٢ .

(٢) تفسير القرطبي ج٣ ص ١٦٤٢ .

(٣) تفسير الطبري ج٢ ص ٢٨٠ ، مع ملاحظة أن الإمام الطبري يرى انعقاد الإجماع مع مخالفة الواحد ، النظر المحصول للرازي ج٤ ص ١٨١ .

(٤) تفسير الطبري ج٤ ص ٢٨٠ ، تفسير ابن كثير ج١ ص ٤٥٩ ، رخص ابن عباس ص ٣٩٨ .

(٥) تفسير القرطبي ج٣ ص ١٦٤٢ ، راجع الإجماع لابن المنذر ص ١٢٩ وراجع الاختيارات العلمية لابن تيمة الملحق بالجزء الرابع من الفتاوى الكبرى ص ٣٨٣ ط دار الفد .

" ٥ - عدم حجب الجد بالإخوة "

قال أبو عمر : " وما أعلم أحداً من علماء المسلمين جعل الأخ أولى من الجد وحجب الجد بالإخوة بل هم على أن الجد أولى منهم مجتمعون على حسب ما وصفنا من أصولهم " (١) .

وقال في موضع آخر : " الجد أولى عند العلماء بالولاء كما هو أولى منهم عند الجميع بالميراث " (٢) .

يقول الشوكاني : " وقد اختلف الصحابة في الجد اختلافاً طويلاً ففي البخاري تعليقاً يروى عن علي ، وعمر ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود في الجد قضايا مختلفة .

وقد ذكر البيهقي في ذلك أثراً كثيرة ، وروى الخطابي عن محمد ابن سيرين قال سألت عبيدة عن الجد فقال : ما يصنع بالجد حفظت فيه عن عمر مائة قضية يخالف بعضها بعضاً قال الحافظ هو محمول على المبالغة كما حكى ذلك البزار وجعله ابن عباس كالأب كما روى البيهقي عنه وعن غيره ، وروى الإمام الشوكاني أيضاً أن عمر كان يكره الكلام فيه (٣) .

ويروى ابن القيم مثل هذا عن عمر كما يروى عن علي بن أبي طالب أنه قال : " من سره أن يقتحم جرائم جهنم فليقض بين الجد والأخوة " (٤) .

ويقول الخطيب الشربيني : " ثم أعلم أن القول في ميراث الجد والأخوة خطير في الفرائض ومسائله كثيرة الاختلاف فيما بين الصحابة رضي الله عنهم ، وكانوا يحذرون من الخوض فيها وعن ابن

(١) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٦٧ .

(٢) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٧٩ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٦١ .

(٤) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ٧٩ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢١ .

مسعود رضي الله عنه سلوني عما شئتم من عصابتكم ، ولا تسألوني عن الجد والإخوة لا حياء الله ، ولا بياها " !! (١) .

ويقول أستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي : " لم يجتمع الإخوة مع الجد في عهد رسول الله ﷺ حتى يبين لهم ميراثه عندئذ حتى قال الشافعي : أما شئ مبين في كتاب الله أو سنة فلا أعلمه .

والواقع أننا لا نكاد نجد مسألة من مسائل الاجتهاد في التشريع الإسلامي روى فيها مثل ما روى في هذه المسألة من آراء واختلافات... وما زالت هذه المسألة مجال اجتهاد حتى عصرنا الحاضر (٢) .

ويقول أستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف : " اضطربت الأقوال والآراء في ميراث الجد مع الإخوة كما لم تضطرب في مسألة أخرى وهذه الروايات تدل على أن هناك عدة آراء في توريث الجد مع الإخوة (٣) .

وبالطبع الكلام هنا عن الجد الصحيح - وهو الذي لا تدخل بينه وبين الميت أنثى كأب الميت وإن علا - والإخوة الأشقاء أو لأب ، لأن الأخوة لأم لا أعلم خلافاً فيهم أنهم محجبون بالجد كما يقول ابن قدامة (٤) .

وقد ذكر أستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي : " أن موقف عمر الأخير من هذه المسألة امتداد لموقفه من الكلاله حيث لم يستطع أن يصل باجتهاده إلى رأي حاسم فتوقف فيها " .

ثم قال : " والروايات المختلفة تدل على أن هناك عدة آراء في توريث الجد مع الأخوة " .

(١) التوقف في ميراثه معهم ، وهو موقف عمر الأخير .

(٢) أن الأخوة أولى منه بالميراث فيحببونه وهي التي حكى ابن عبد البر الإجماع على منعها .

(١) معنى المحتاج جـ ٣ ص ٢١ .

(٢) منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣٢٣ بتصرف ، الرسالة للإمام/ محمد بن إدريس الشافعي صاحب المذهب المعروف ت ٢٠٤ هـ ، تحقيق الشيخ/ أحمد شاكر ص ٥٩١ .

(٣) المال في الشريعة الإسلامية هامش ص ٢١٤ .

(٤) المغني جـ ٦ ص ١٦٣ .

(٣) أنه يرث ولكن ليس له فرض معلوم إنما هو على قدر ما يراه ولي الأمر .
(٤) أنه يشترك مع الإخوة والأخوات الأشقاء ، أو لأب في الميراث ،
وتحت هذا الرأي تفريعات وتشعبات واختلافات والتواءات لا يكاد
يتناولها الحصر .

(٥) أن الجد يحجب الإخوة والأخوات جميعاً فلا يرث أحد منهم معه شيئاً^(١) .
ونظراً لتشعب المسألة والاختلاف الكبير فيها تكتفى بنقل كلام
ابن قدامة الذي يصور مذاهب العلماء في هذه المسألة بصورة موجزة
وواضحة ، وجامعة :-

أ - ذهب الصديق إلى أن الجد يسقط جميع الإخوة والأخوات من جميع
الجهات كما يسقطهم الأب وبذلك قال ابن عباس ، وابن الزبير
وعثمان ، وعائشة ، وأبي بن كعب ، وأبو الدرداء ، ومعاذ ، وأبو
ثور والمزني ، وأبو حنيفة وغيرهم^(٢) .

ب - وذهب علي بن أبي طالب ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت إلى
توريث الإخوة مع الجد ، ولا يحجبونهم به وبه قال مالك
والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو يوسف ومحمد^(٣) .

✽ ثم اختلف هؤلاء القائلون بتوريثه معهم في كيفية هذا التوريث :-

(١) بأخذ الأخوات فروضهن والباقي للجد إلا إذا أنقصه ذلك عن السدس
فيأخذ السدس وهو قول علي ، فإن كان الإخوة كلهم عصبه قاسمهم
الجد إلى السدس .

(٢) وذهب ابن مسعود مذهب علي لكنه إلى الثلث فإن كان معه أصحاب
فروض كان له الأخذ من المقاسمة ، أو ثلث الباقي ، أو سدس المال .

(٣) وذهب زيد بن ثابت إلى أنه يعطى الأحظ من شيئين ، إما المقاسمة
كأنه أخ ، وإما ثلث جميع المال .

(١) منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣٢٢ .

(٢) المغني ج٦ ص ١٩٥ ص ١٩٥ ، أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ١٣٠ .

(٣) المغني ج٦ ص ١٩٥ ، مغني المحتاج ج٣ ص ٢١ وما بعدها ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

وقال بقول عليّ الشعبي ، والنخعي ، والمغيرة ، وغيرهم ،
وقال بقول ابن مسعود مسروق ، وعلقمة ، وشريح .

وقال بقول زيد الإمام أحمد وأهل المدينة وأهل الشام ومالك
والشافعي وأبو يوسف وأكثر أهل العلم كما سبق ^(١) ، ومع ذلك أخذ
قانون المواريث في مصر بقول علي بن أبي طالب، وترك رأي زيد بن
ثابت الذي اختاره أكثر العلماء وفقهاء الشريعة ^(٢) .

وقد كتب الأستاذ أحمد إبراهيم ^(٣) بحثاً مستفيضاً في هذه المسألة
استوعب فيها كل الآراء وأدلتها مع الموازنة ، والمناقشة ، وشرح
بالتفصيل والتمثيل مذهب علي بن أبي طالب ، وهو المذهب الذي
اختارته لجنة مشروع قوانين الأحوال الشخصية كما شرح مذهب زيد بن
ثابت الذي اختاره أكثر الفقهاء ، والله أعلم .

(١) المغني بتصرف واختصار شديد ج٦ ص ١٩٥ ، ١٩٦ ، المال في الشريعة الإسلامية أستاذنا الدكتور/ أحمد
يوسف بتصرف ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

(٢) النظر في أحكام التركات الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور محمد إبراهيم شريف ص ٧٤ وما بعدها .

(٣) أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة وعضو مجمع اللغة العربية سابقاً تولى ١٩٤٥ ، وقد
نشر البحث بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث - السنة الثامنة المحرم ١٣٥٧ هـ - مارس ١٩٣٨ م ،
وراجع منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، المغني ج٦ ص ١٩٥ ، بداية المجتهد ج٢
ص ٣٤٦ ، وما بعدها ، في أحكام التركات الميراث والوصية ص ٧٤ ، وما بعدها .

" ٦ - عدم حجب الإخوة بالجد "

قال أبو عمر : " وإن كانوا قد اختلفوا في كيفية مقاسمة الجد الإخوة فإنهم مجمعون على أن الجد ليس بأب ولا يحجب به الإخوة " (١).
هذه المسألة عكس المسألة السابقة حيث قد حكى قبلاً الإجماع على أن الأخوة لا يحجبون الجد وقد ذكرنا أن في هذا الإجماع نظر وقد رجحنا فيه مذهب الإمام زيد بن ثابت رضي الله عنه .

ونكتفي هنا بذكر المخالفة في هذه المسألة منعاً للتكرار مع الإحالة على المراجع التي ذكرت الخلاف في توريث الجد مع الإخوة .
يقول ابن قدامة : " وذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الأخوة ، والأخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب ، وبذلك قال عبدالله بن عباس ، وعبدالله بن الزبير ، وروى ذلك عن عثمان ، وأبي بن كعب ، وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة وحكى عن عمران بن الحصين ، وجابر ، وأبي الطفيل ، وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وبه قال قتادة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر !! و لا أدري كيف حكى الإجماع مع مخالفة كل هؤلاء ؟ (٢) .

ويقول أستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف في الفرق بين ميراث الأب والجد : " الأب يحجب إخوة الأشقاء ، أو لأب بخلاف الجد فلا يحجبهم إلا عند أبي حنيفة وله بعض السلف من الصحابة (٣) .

وعرض أستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي في بحثه عن منهج عمر ابن الخطاب مبحث الجد لعدة آراء في توريثه نذكر منها رقم [٥] قال :
أن الجد يحجب الإخوة والأخوات جميعاً فلا يرث أحد منهم معه شيئاً (٤).
والذي نختاره هنا أيضاً هو مذهب الإمام زيد بن ثابت وهو أنه يعطي الأخط من شئئين ، إما المقاسمة كأنه أخ ، وإما ثلث جميع المال (٥)، والله تعالى أعلم .

(١) التمهيد جـ ١١ ص ١٠٢ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ١٩٥ .

(٣) المال في الشريعة الإسلامية ص ٢١٧ ، ورجع الاختيار لتعليل المختار جـ ٤ ص ١٧١ وما بعدها .

(٤) منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣٢٣ .

(٥) النظر المال في الشريعة الإسلامية د/ أحمد يوسف ص ٢١٧ ، النظر في أحكام التركات الميراث والوصية

لأستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم شريف ط دار الثقافة ص ٧٠ ، ٧١ ، انظر بحث الأستاذ/ أحمد إبراهيم عن

ميراث الجد نشر بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث السنة الثامنة من المحرم ١٣٥٧ هـ .

٧- إقامة الجدة أم الأم مقام

الأم واستحقاقها نصيبها قياساً على الجد

الجدة ترث عند عدم الأم يقول أستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف
تنقسم الجدات إلى :

(١) جدة صحيحة أو ثابتة :

وهي التي تكون نسبتها إلى الميت بجدة صحيح مثل أم الأم ، أم
الأب ، أم أب الأب ، وهذه من أصحاب الفروض .

(٢) جدة غير صحيحة :

وهي التي تنتسب إلى الميت بجدة غير صحيح كأم أبي الأم ،
وهذه ليست من أصحاب الفروض ولكنها من ذوي الأرحام ، ولا ترث
إلا الجدة الصحيحة (١) .

يقول أبو عمر : " أنهم أجمعوا أن فرض الجدة ، والجدات السدس لا
مزيد فيه سنة رسول الله ﷺ والفرائض والسهام مأخوذة من كتاب الله نصاً عدا
الجدة فمن السنة ، ومن إجماع العلماء أن رسول الله ﷺ قضى بذلك (٢) .

قال : روى عن ابن عباس قول شاذ أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم
وهذا باطل عند العلماء ، لأنهم أجمعوا أن لا ترث جدة ثلثاً ولو كانت
كالأم ورثت الثلث (٣) .

نلاحظ أنه في التمهيد ذكر الإجماع مطلقاً ، ولم يشر لرواية ابن عباس
أما في الاستذكار فقد حكى الإجماع ، واعتبر قول ابن عباس شذوذاً .

وقد ذهب ابن عباس رضي الله عنه إلى توريث الجدة إذا لم يكن للميت أم
ميراث الأم فتأخذ السدس حيث ترث الأم السدس وذلك عند وجود الولد

(١) انظر المال في الشريعة الإسلامية بين الكسب والاتفاق والتوريث لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف .

(٢) التمهيد جـ ١١ ص ٩٧ ، ٩٨ .

(٣) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٥٢ .

و ولد الولد وإن نزل ، ومع الإخوة الثلاثة ذكوراً أو إناثاً ، وتأخذ الثلث حيث ترث الأم الثلث وذلك عند عدم المذكورين ^(١) .

وقد ذهب مذهب ابن عباس الإمام ابن حزم وانتصر له يقول : "الجدة ترث الثلث إذا لم يكن للميت أم حيث ترث الأم الثلث وترث السدس حيث ترث الأم السدس إذا لم يكن للميت أم " ^(٢) .

(١) وأقوى ما استدلل به ابن حزم لابن عباس قوله ﷺ : ﴿ وورثه أبواه فلأمه الثلث ﴾ ^(٣) ، وقال ﷺ : ﴿ كما أخرج أبويكم من الجنة ﴾ ^(٤) .

فجعل آدم وأمرأته -عليهما السلام - أبويننا هذا نص القرآن ، ثم قال : فهذا ميراث الجدة بنص القرآن وليس لمخالفنا متعلق أصلاً لا بقرآن ، ولا بالسنة ، ولا إجماع متيقن ، ولا قياس ، ولا نظر ، وما كان هكذا فهو مقطوع بأنه باطل قال الله تعالى : ﴿ قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين ﴾ ^(٥) .

ولا معنى لكثرة القائلين وقتلهم وقد أفردنا أجزاء ضخمة فيما خالف فيه أبو حنيفة ، ومالك والشافعي جمهور العلماء ^(٦) .

(٢) وذكر ابن حزم بأن المخالفين له يورثون الجد كالأب في حال عدم وجوده فوصفهم بالتناقض " فمن ورث الجد ميراث الأب فإنه ناقض إذا لم يورث الجدة ميراث الأم " ^(٧) .

(٣) ثم ذكر أربعة أخبار استدلل بها الجمهور على إعطاء الجدة السدس ، وهي مروية عن إبراهيم النخعي ، وقبيصة بن ذؤيب ، وعلى بن أبي

(١) انظر موسوعة فقه ابن عباس جـ ١ ص ١٤٠ نقلاً عن رخص ابن عباس ص ٤٠٤ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٥ ، ١٨٩ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٢٧٢ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ٢٧٢ .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٤) سورة الأعراف : الآية ٢٧ .

(٥) سورة البقرة : الآية ١١١ .

(٦) انظر المحلى جـ ٩ ص ٢٧٢ وما بعدها ، رخص ابن عباس ومفرداته لأستاذنا الدكتور / إسماعيل سالم رحمه الله ص ٤٠٦ .

(٧) المحلى جـ ٩ ص ٢٧٢ .

طالب ، وابن بريدة وعقب عليها بأنه لا يصح منها شيء ، وأنكر أن يكون لابن عباس رواية صحيحة تؤيد رأي المخالفين " (١) .

(٤) ثم أنكر أخيراً وجود إجماع واعتبر الإجماع المدعى إجماعاً مكنوباً يقول : "وقد جسر قوم على الكذب ههنا فادعوا الإجماع على أن ليس للجدة إلا السدس.... وما وجدنا إيجاب السدس للجدة إلا مرسلأ عن أبي بكر ، وعمر ، وابن مسعود ، وعلى وزيد خمسة فقط فأين الإجماع ؟ ! " (٢) . أما جمهور العلماء فعلى ما قال ابن عبد البر .

(١) الأحناف :

" الجدة الصحيحة كام الأم وإن علت ، وأم الأب ، وإن علا وللواحدة الصحيحة السدس " (٣) .

(٢) المالكية :

قال ابن رشد : " وأجمعوا على أن للجدة - أم الأم - السدس مع عدم الأم ، وأن للجدة أيضاً - أم الأب - عند فقد الأب السدس فلو اجتمعتا كان السدس بينهما (٤) .

(٣) وعند الشافعية :

" والسدس فرض سبعة وجدة لأب أو لأم " (٥) .

(٤) وعند الحنابلة :

" وللجدة إذا لم تكن أم السدس واحدة كانت ، أو أكثر إذا تحاذين فإن كان بعضهن أقرب من بعض فهو لقرباهن وترث الجدة وابنها حي إذ لا يرث أكثر من ثلاث جدات " (٦) .

(١) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٤٠٧ ، المغلى جـ ٩ ص ٢٧٣ .

(٢) النظر المغلى جـ ٩ ص ٢٧٢ . رخص ابن عباس ص ٤٠٦ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ١٦٤ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٩ .

(٥) السراج الوهاج ص ٣٢٢ .

(٦) العدة شرح العمدة ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

❁ والذي يراه الباحث أن رأي الجمهور هو الأولى بالصواب

لما يأتي :-

(١) أن ما استدل به ابن حزم من كون الجدة أما غير مسلم في الميراث بدليل أنها لا ترث في وجود الأم قال ابن تيمية رحمه الله - : " إن الأم المذكورة في كتاب الله مقيدة بقيود توجب اختصاص الحكم بالأم الدنيا فالجدة ، وإن سميت أما لم تدخل في لفظ الأم المذكورة في الفرائض " (١) .

(٢) كون الجد يقوم مقام الأب فليس في كل الحالات ، فلا يقاس عليه كما أن هناك farkاً بين الجد ، والجدة فالجد يكون عصباً للمتوفى ، أما الجدة فلا ترث إلا بالفرض فبطل القياس .

(٣) أما تضعيف ابن حزم لحديث قبيصة وبريدة فإن استأذنا الدكتور/إسماعيل سالم - رحمه الله - سلم بتضعيف الأول ولم سلم بتضعيف الثاني يقول : " فأما حديث قبيصة فهو منقطع كما قال ابن حزم ، لأنه لم يدرك أبا بكر ، ولا سمعه من المغيرة ولا محمد بن مسلمة ، ولسنا مع ابن حزم في رده حديث بريدة الذي جاء فيه أن رسول الله ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، لأن فيه عبدالله العتكي وهو مجهول كما قال ، والعتكي هذا هو عبدالله بن عبدالله بن أبي المنيب الروزي روى عن عبدالله بن بريدة ، وقد وثقه بعض العلماء ووصفوه بأنه : ثقة منهم ابن معين والنسائي ، وقال ابن عدي لا بأس به ، وقال البخاري : روى عنه مناكير ، وقال العقيلي لا يتابع فالحديث حسن لا يرد وهذا ما حكم به الأستاذ/ عبدالقادر الأرناؤوط محقق جامع الأصول (٢) .

(٤) وقد استدل الجمهور - كذلك بما رواه عبدالله بن الإمام أحمد في زوائد المسند عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ : " قضى للجنتين في الميراث بالسدس بينهما " ، وقد ذكر الخطيب الشربيني أن

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣١ ص ٣٥٢ ، انظر المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٢١٩ ، رخص ابن عباس ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ .

(٢) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٤٠٧ .

الحديث صحيح على شرط الشيخين ، بل قال الخطيب الشربيني :
وحكى الإمام فيه إجماع الصحابة " (١) .

يتضح مما سبق قوة أدلة الجمهور ، وعدم استناد ابن عباس
وابن حزم إلى أدلة قوية لذلك كان رأي الجمهور أولى بالصواب ، والله
تعالى أعلم .

(١) رخص ابن عباس ص ٤٠٨ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٩ ، ١٠ وما بعدها ، راجع المال في الشريعة الإسلامية
لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٢٢٠ .

٨- تفسير الكلالة

من لا ولد له ولا والد

قال أبو عمر : " ألا ترى إلى إجماع السلف أن الكلالة من لا ولد له ولا والد " (١) .

وفي ادعاء هذا الإجماع نظر فابن قدامة يقول : " والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد ، والولد يشمل الذكر ، والمؤنث والوالد يشمل الأب والجد " (٢) .

فنلاحظ أنه عبر بالجمهور ، ولم يعبر بالإجماع كعادته ثم قال بعدهما : " ويروى عن ابن عباس أنه قال : الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر " (٣) .

وقد ذكر الإمام ابن كثير رأي سيدنا عمر قال عن رأي أبي بكر في الكلالة - أنه لا ولد له ، ولا والد - إنى لأستحي أن أخالف أبا بكر في رأي رآه .

ثم أشار إلى رواية ابن عباس التي خالف فيها الجمهور من تفسير الكلالة " من لا ولد له " ثم قال ابن كثير والصحيح عنه الأول - أي موافقة الجمهور - ولعل الراوي ما فهم ما أراد (٤) .

وقد ذكر الجصاص أن الميت نفسه - يسمى كلالة - وبعض من يرثه يسمى كلالة وروى طاوس عن ابن عباس قال : " كنت آخر الناس عهداً بعمر بن الخطاب فسمعتة يقول القول ما قلت ، قلت وما قلت؟ قال : " الكلالة من لا ولد له " (٥) .

(١) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٦٤ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ١٦٣ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ١٦٤ .

(٤) تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٤٦٠ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٢٥ .

وقد ذكر الإمام ابن قدامة أن أهل العلم اختلفوا في الكلالة فقيل : الكلالة اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولودين نص أحمد على هذا وقالت طائفة : "الكلالة اسم للميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد وقيل الكلالة قرابة الأم ويروى عن ابن عباس أنه قال الكلالة من لا ولد له ويروى عن عمر ، كما سبق أنفاً (١) .

ويذكر أستاذنا الدكتور/محمد بلتاجي أن عمر قال في العام الذي طعن فيه: إني لم أدع شيئاً هو أهم إلى من الكلالة ، وما راجعت رسول الله ﷺ ما راجعته في الكلالة وما أغلظ لي في شيء منذ صاحبتُه ما أغلظ لي في الكلالة حتى طعن بإصبعه في بطني فقال تكفيك الآية التي في آخر النساء ، وإن أعش أقضى فيها بقضية يقضى بها من يقرأ القرآن ومن لا يقرأ القرآن ثم قال حين طعن : اعلّموا أني لم أقل في الكلالة شيئاً (٢) .

وقال عمر : ثلاث لأن يكون بينهن لنا - أي رسول الله - أحب إلى من الدنيا وما فيها - الكلالة ، والخلافة ، والربا .

ويذكر أستاذنا أن الجصاص عقب على هذا بقوله : " فهذه الأخبار التي ذكرناها تدل على أنه لم يقطع فيها بشيء ، وأن معناها والمراد منها كان ملتبساً عليه قال سعيد بن المسيب : كان عمر كتب كتاباً في الكلالة ، فلما حضرته الوفاة محاه وقال : " ترون فيه رأيكم " (٣) .

وقال ابن القيم : أقر عمر بأنه لم يقض في الكلالة بشيء وقد اعترف أنه لم يفهمها " (٤) .

(١) ويصور الإمام الجصاص الخلاف في المسألة فيقول : " الميت نفسه يسمى كلالة ، وبعض من يرثه يسمى كلالة وقوله ﷺ : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً ﴾ (٥) يدل على أن الكلالة ههنا اسم الميت ، والكلالة حاله وصفته ولذلك انتصب " (٦) .

(١) المغني ج٦ ص ١٦٤ .

(٢) منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣١٩ .

(٣) منهج عمر بن الخطاب في التشريع لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ص ٣١٩ ، أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ١٦٢ .

(٤) أعلام الموقعين ج٢ ص ٣٢٦ ، راجع منهج عمر بن الخطاب في التشريع .

(٥) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٦) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ١٢٥ .

ثم سرد الجصاص الآراء المختلفة في تفسير الكلالة ثم قال :
فلما اختلف السلف فيها وسأل عمر النبي ﷺ عن معناها فوكله إلى حكم
الآية وما في مضمونها ، وقد كان عمر رجلاً من أهل اللسان لا يخفى
عليه ما طريق معرفته اللغة ثبت أن معنى اسم الكلالة غير مفهوم من
اللغة ، وأنه من متشابه الآية التي أمرنا الله تعالى بالاستدلال على معناه
بالمحكم ورده إليه ، ولذلك لم يجب النبي ﷺ عمر عن سؤاله ، و وكله
إلى استنباطه وذلك أنه لم يكن أمر الكلالة في الحال التي سأل عنها
حادثة يلزم تنفيذ حكمها في الحال ، وإلا لأجابه النبي ﷺ .

وإنما سأل عمر سؤال مستفهم مسترشد ، فوكله النبي ﷺ إلى
اجتهاده في نص الآية (١) .

ثم ذكر الجصاص أنه بعد أن اختلف السلف فيها تكلم علماء
اللغة فيها قال أبو عبيدة معمر بن المثنى : " الكلالة كل من لم يرثه أب
ولا ابن ، فهو عند العرب كلالة ، مصدر من تكالاه النسب أي تعطف
النسب عليه ، قال أبو عبيدة : " من قرأها بالكسر أراد من ليس بولد
ولا والد " ، قال أبو بكر والذي قرأ بالكسر الحسن وأبو رجاء العطاردي " (٢)

(٢) وقد رأى الإمام القرطبي أن لفظ الكلالة يعنى في الآيتين الأخوة لأم ،
ثم الأشقاء ، أو لأب حيث قال في تفسير الآية الأولى ذكر الله ﷻ
في كتابه الكلالة في موضعين آخر السورة ، وهنا ، ولم يذكر في
الموضعين وارثاً غير الإخوة ، فأما هذه الآية فأجمع العلماء على أن
الإخوة فيها على بهم الإخوة لأم لقوله ﷻ : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرُ مِنْ
ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ (٣) ، وكان سعد بن أبي وقاص يقرأ :
وله أخ أو أخت من أمه ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن الإخوة
لأب والأم ، أو لأب ليس ميراثهم كهذا فدل إجماعهم على أن الإخوة
المذكورين في آخر السورة هم إخوة المتوفى لأبيه وأمه ، أو لأبيه

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٢٩ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٢٩ ، بتصرف .

(٣) سورة النساء : الآية ١٢ .

لقوله ﷺ : ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فالذكر مثل حظ الأنثيين﴾^(١) ولم يختلفوا في أن ميراث الإخوة للأُم ليس هكذا فدلّت الآيتان على أن الإخوة كلهم جميعاً كلالّة^(٢) .

(٣) وقد استشهد ابن قدامة لها من قول الفرزدق في بني أمية :
ورثتهم المجد لا عن كلالّة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
واشتقاقه من الإكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه^(٢) والذي
يمكن أن يقال من مجموع النصوص أمر أن كما يقول أستاذنا :
(١) أن آية الكلالّة فيها ميراث الإخوة جميعاً للأُم، أو الأشقاء، أو الأب^(٤).

(٢) إن في تفسير لفظ الكلالّة أكثر من رأي ربما قال ببعضها عمر في فترة من حياته لكنه لم يطمئن إليه كل الاطمئنان فكان يؤمل أن يصل فيها إلى رأي حاسم بعد ذلك ، لكنه لم يتيسر له تحقيق هذا فصرح قبيل وفاته بأنه لم يقل فيها شيئاً ، وقال للمسلمين : ترون فيها رأيكم تقديرأ منه لمسئولية القائم بأمر الدين والدنيا^(٥) ، والله أعلم بالصواب .

(١) سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٢) تفسير القرطبي جـ ٣ ص ١٦٤٧ وما بعدها ، والإمام القرطبي ينقل بالنص عبارة ابن عبد البر في الاستدكار ، نظر جـ ١٥ ص ٤٦٤ . ٤٦٥ .

(٣) المعنى جـ ٦٦ ص ١٦٣ .

(٤) منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣٢١ ، المعنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٦٣ وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٢٦ وما بعدها تفسير القرطبي جـ ١ ص ١٦٤٧ وما بعدها .

(٥) منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٣٢٢ .

" ٩ - العبد لا يرث "

قال أبو عمر : " فلما أجمعوا أن العبد لا يرث دل على أن ما يحصل بيده من المال هو لسيده ، وأنه لا يملكه " (١) .

موانع الإرث عند جمهور العلماء ثلاثة الرق ، والقتل ، واختلاف الدين ، قال في الرحبية .

يمنع الشخص في الميراث واحدة من علل ثلاث
رق وقتل واختلاف دين فافهم فليس الشك كاليقين (٢)

وفيما ادعاه ابن عبد البر من إجماع فيه نظر قال ابن قدامة : " لا نعلم خلافاً في أن العبد لا يرث ، إلا ما روى عن ابن مسعود في رجل مات وترك أباً مملوكاً يشتري من ماله ثم يعتق فيرث ، وقال الحسن وحكى عن طاوس : أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككسبه ، وكما لو وصى له ولأنه تصح الوصية له فيرث كالحمل " (٣) .

وقال صاحب العدة عن ميراث العبد : " وأكثرهم على أنه لا يرث روى ذلك عن علي ، وزيد ، وحكى عن طاوس أنه يرث ويكون لسيده كما لو أوصى له " (٤) .

✽ أما الجمهور فعلى قول ابن عبد البر من عدم توريث العبد .

(١) الأحناف :

" الموانع من الإرث الرق ، والقتل ، واختلاف الملتين والدارين حكماً أما الرق فلأن العبد لا ملك له وليس من أهل الملك والتملك " (٥) .

(١) الاستذكار ج ١٩ ص ٣٣ .

(٢) الرحبية ص ٦ ط دار الفكر ، وراجع المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ١٩٦ ، الميراث والوصية لأستاذنا/ محمد إبراهيم شريف ص ٢٦ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٢٢٩ .

(٤) العدة شرح العدة ص ٢٨٤ .

(٥) الاختيار ج ٤ ص ١٩٦ .

(٢) المالكية :

" المانع الثاني : الرق ، فالعبد وكل من فيه شعبة من رق كالمدير والمكاتب وأم الولد والمعتق بعضه والمعتق لأجل لا يرث ولا يورث وميراثه لمالكه " (١) .

(٣) الشافعية :

" ولا يرث من فيه رق " (٢) .

(٤) وعند الحنابلة :

" والعبد لا يرث ، ولا مال له فيورث عنه " (٣) .

(٥) وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " واتفقوا أن من كان عبداً لا شعبة للحرية فيه ، ولا يبيعه سيده ، ولا في نصيبه من الميراث ما لو ورث تمكن من أن يشتري ، ولم يعتق حتى قسم الميراث فإنه لا يرث شيئاً " (٤) .

* والراجح هو قول الجمهور لما يلي :-

- (١) أن فيه نقصاً مع كونه موروثاً فمنع كونه ، وارثاً كالمرتد .
- (٢) أنه يفارق الوصية - وهي حجة طاوس - فإنها تصح لمولاه ، ولا ميراث له ، وقياسهم ينتقض بمختلف الدين كما يقول ابن قدامة (٥) .
- وقول ابن مسعود لا يصح ، لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت ، فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم (٦) ، والله أعلم .

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩١ .

(٢) مغني المحتاج ج٣ ص ٢٥ .

(٣) المغني ج٢ ص ٢٢٨ .

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٧ .

(٥) المغني ج٦ ص ٢٢٩ .

(٦) المغني ج٦ ص ٢٢٩ ، مغني المحتاج ج٣ ص ٢٥ ، راجع في أحكام التركات الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم شريف ص ٢٦ ، ٢٧ .

١٠- لا يرث القاتل

عمداً من مال المقتول ولا من ديته

قال أبو عمر : " وأجمع العلماء على أن القاتل عمداً لا يرث شيئاً من مال المقتول ، ولا من ديته " (١) .

ويقول : " كان أهل الجاهلية بعضهم يقتل قريبه ليرثه ، وإنما ذلك عنهم مشهور فأبطل ذلك رسول الله ﷺ وسن لأمته ألا يرث القاتل من قتل ، وهي سنة مجتمع عليها في القاتل عمداً (٢) ، وكرر : " أجمع العلماء على أن القاتل عمداً لا يرث من مقتوله " (٣) ، وكذلك هو عند الجميع من العلماء قديماً وحديثاً لا خلاف في ذلك (٤) .

وقال في الكافي : " ومن أوجب الله له من المسلمين ميراثاً من ذوي رحمه فإنما ذلك إذا كان مسلماً حراً ، ولم يكن قاتلاً عمداً لأن العبودية ، والكفر ، وقتل العمد موانع من الميراث بلا اختلاف (٥) .

ونلاحظ هنا أنه استخدم أكثر من مصطلح للتعبير عن الإجماع، وفي هذا الإجماع نظر قال ابن قدامة : " أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث عن المقتول شيئاً إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب ، وابن جبير أنهما ورثاه " (٦) .

وقال صاحب العدة : " أجمعوا أن قاتل العمد لا يرث إلا شيئاً شاذاً روى عن سعيد بن المسيب ، وابن جبير ، وهو رأي الخوارج " (٧) .

وحكى ابن قدامة أنه رأي الخوارج ، ونحن لا نحكي أقوالهم ، أو خلافهم ؛ لأنهم عند ابن عبد البر من المبتدعة الذين لا يجوز حكاية

(١) التمهيد جـ ٢٣ ص ٤٤٣ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٠٤ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٠٥ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٠٦ .

(٥) الكافي ص ٥٥٥ .

(٦) المغني جـ ٦ ص ٢٤٤ .

(٧) العدة شرح العمد ص ٢٨٤ ، المال في الشريعة الإسلامية ص ١٩٥ .

أقولهم ، لكن أشرنا إليهم هنا ؛ لأن ابن عبد البر أثناء تكراره للإجماع السابق قال : " أجمع العلماء على أن القاتل عمدا لا يرث مقتوله إلا فرقة شذت عن الجمهور كلهم أهل بدع " (١) .

لكن الغريب أنه عبر بالجمهور مما يدل على شيوع استخدام المصطلح عنده مما جعل إجماعاته محل طعن كما سيأتي في المبحث السابع من الباب الثاني .

وحجة ابن المسيب وابن جبير أن آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها فيه " (٢) .

وذكر كذلك ابن جزي فيها خلافاً قال : " قتل العمد فمن قتل موروثه عمداً لم يرث من ماله ، ولا دينه ، ولم يحجب وارثاً ، وإن قتلته خطأ ورث من المال دون الدية وحجب وهما يرثان الولاء ، وقال أبو حنيفة كل قاتل لا يرث إلا ثلاثة المجنون ، والصبي ، وقاتل الباغي مع الإمام ، وقال قوم يرث القاتل مطلقاً ، وعكس قوم " (٣) .

أما جمهور العلماء فعلى عدم توريت القاتل عمداً :

(١) الأحناف :

" وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمداً كان ، أو خطأ ... وقتل الصبي والمجنون والمعتوه والمبرسم والموسوس لا يوجب حرمان الميراث ، لأن الحرمان ثبت جزاء قتل محظور ، وفعل هؤلاء ليس بمحظور لقصور الخطاب عنهم فصار كالقتل بحق ، والحديث خص عنه القتل بحق فنخص هذه الصورة بظاهر آيات المواريث ، وظاهر الآيات أقوى من ظاهر الحديث " (٤) .

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ٢٠٥ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٢٤٤ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٩٢ .

(٤) الاختيار ج ٤ ص ١٩٩ .

(١) وعند المالكية :

" وقتل العمد فمن قتل موروثه عمداً لم يرث من ماله ، ولا ديته ولم يحجب وارثاً " (١) .

(٣) وعند الشافعية :

" ولا يرث قاتل من مقتوله مطلقاً لخبر الترمذي وغيره - ليس للقاتل شيء - أي من الميراث " (٢) .

(٤) وعند الحنابلة :

" فلا يرث القاتل المقتول بغير حق ، وإن قتله بحق كالقتل حداً ، أو قصاصاً ، أو قتل العادل الباغي عليه فلا يمنع ميراثه " (٣) .

(٥) يقول ابن حزم :

" واتفقوا أنه لا يرث قاتل عمداً بالغ ظالم عالم بأنه ظالم من الدية خاصة ، واختلفوا فيما عدا ذلك ، وروينا عن الزهري أن القاتل عمداً يرث من المال لا من الدية " (٤) .

والخلاصة :

أن الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة - الجمهور - قالوا : " إن القتل العدوان بغير حق الصادر من البالغ العاقل عمداً أم خطأ مانع من الميراث لكن يشترط الحنفية أن يكون القتل مباشرة لا تسبياً ، ولم يميز الشافعية ، والحنابلة بينهما ، فقالوا : لا فرق بين المباشرة ، والتسبب فكلاهما مانع من الإرث " .

والقتل الصادر من الصبي ، أو المجنون لا يمنع الميراث عند الحنفية ويمنع الميراث عند الشافعية ، والحنابلة ؛ لأنه قتل بالتسبب .

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ت : ٧٤١ هـ ص ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٢) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥ .

(٣) العدة شرح العمدة ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٨ .

وقال المالكية : " إن القتل العمد ، ومثله شبه العمد المعروف عند غيرهم ، هو المانع من الميراث سواء أكان مباشرة أم تسببا ، وعلى هذا فأشد المذاهب في جعل القتل مانعاً من الميراث هم الشافعية ، ثم الحنابلة ، ثم الحنفية ، ثم المالكية ، ولأن القاتل لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بالقتل فاقترضت المصلحة حرمانه للقاعدة التي ذكرها الإمام السيوطي ، وهي وإن لم تكن مطردة لكن هذه المسألة صورة من صورها " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه " (١) .

❁ والذي يراه الباحث : أن قاتل العمد لا يرث لما سبق ولعموم الحديث : " القاتل لا يرث " (٢) ، ولقوله عليه السلام : " ليس لقاتل شيء " (٣) والله أعلم .

ومعنى هذا أن ادعاء الإجماع بأن قاتل العمد لا يرث من المال ولا من الدية شيئاً لا يصح لمخالفة ابن المسيب ، وابن جبير فقد ورثاه مطلقاً .

وهناك مخالفة أخرى ذكرناها أثناء عرضنا لرأي ابن حزم حيث أن ابن شهاب الزهري ورث القاتل عمداً من المال دون الدية (٤) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٦ ، وما بعدها ، والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٨٦ .

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب الفرائض باب ميراث القاتل .

(٣) الموطأ ج ٢ ص ١٩٠ ، وانظر المال في الشريعة الإسلامية ص ١٩٥ .

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٦ ، المغني ج ٦ ص ٢٤٤ .

١١-القاتل خطأ

لا يرث من الدية شيئاً

تحدثنا في المسألة السابقة عن توريث القاتل عمداً من المال أو من الدية وهنا نتحدث عن القاتل خطأ وهل يرث من الدية شيئاً ؟

قال أبو عمر عن ميراث الدية : " ولا يرث القاتل شيئاً منها ، لأن العلماء مجمعون أن القاتل خطأ لا يرث من الدية شيئاً : " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر يقول ابن جزى مصوراً الأراء في إرث قاتل الخطأ والعمد : " فمن قتل مورثه عمداً لم يرث من ماله ولا ديته ولم يحجب وارثاً وإن قتله خطأ ورث من المال دون الدية وحجب وهما يرثان الولاء ، وقال أبو حنيفة : " كل قاتل لا يرث القاتل مطلقاً " (٢) ، والجملة الأخيرة تدل على أن القاتل خطأ أو عمداً يرث مطلقاً أي من المال ومن الدية هذا ظاهر العبارة ويقول ابن قدامة : " فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضاً نص عليه أحمد و ورثه قوم من المال دون الدية وروى نحوه عن علي ، لأن ميراثه ثابت بالكتاب ، والسنة تخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه " (٣) .

وهذا يدل بالمفهوم على أن هناك من قال بأنه يرث لأنه قال : "ذهب كثير من أهل العلم " ، وهذا يعني أن البعض قال : يرث " .

ويقول أستاذنا الدكتور/أحمد يوسف : وأما الخطأ فالقاتل خطأ لا يرث كذلك عند أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ولهم سلف من الصحابة وذهب مالك والأوزاعي وأبو داود وابن المنذر ولهم سلف كذلك إلى أنه يرث وهو الرأي الذي اختاره القانون وهو الأصح لأن ميراث القاتل ثابت بالكتاب والسنة فخصص قاتل العمد بالإجماع ، فوجب البقاء على

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٤٤ .

(٢) القوانين الفقهية جـ ٢٥ ص ٢٩٢ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٢٤٤ .

الظاهر وأظن أن أستاذنا يتحدث عن الميراث من المال لا من الدية ، لأن المالكية لا يورثون القاتل خطأ من الدية ، ويورثونه من المال ^(١) .

ويقول ابن حزم : " واتفقوا أنه لا يرث قاتل عمداً بالغ ظالم عالم بأنه ظالم من الدية خاصة ، واختلفوا فيما عدا ذلك " ^(٢) .

وهذا يدل أيضاً على أن ماعدا ما ذكره ابن حزم من شروط لمنع القاتل من الإرث ، يحق لمن لم تتوافر فيه هذه الشروط الإرث ، ومنها القتل الخطأ .

❁ والجمهور على أن القاتل لا يرث .

(١) الأحناف :

" وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمداً كان ، أو خطأ ^(٣) .

(٢) وعند المالكية :

" يرث من المال ولا يرث من الدية قال الدردير : " ولا يرث قاتل عمداً وإن مع شبهة كمخطئ لا يرث من الدية ، ويرث من مال المقتول " ^(٤) .

(٣) وعند الشافعية :

" لا يرث قاتل من مقتوله مطلقاً يقول الخطيب الشربيني : "وسواء أكان القتل عمداً ، أم غيره مضموناً أم لا ، بمباشرة أم لا ، قصد مصلحته كضرب الزوج والمعلم أم لا مكرهاً أو لا " ^(٥) .

(١) المال في الشريعة الإسلامية ص ١٩٥ ، المغني ج٦ ص ٢٤٤ ، تكملة المجموع ج٤ ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ .

(٢) مراتب الإجماع ص ٩٨ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ج٤ ص ١٩٩ .

(٤) الشرح الصغير ج٤ ص ٢٦٨ .

(٥) مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٥ ، ٢٦ .

(٤) الحنابلة :

قال الخرقي : " والقاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو الخطأ" (١) .

(٥) ويقول ابن حزم :

" واتفقوا أنه لا يرث قاتل عمداً بالغ ظالم عالم بأنه ظالم من الدية خاصة ، واختلفوا فيما عدا ذلك " (٢) .

وأيضاً يمكن أن يدخل في مخالفة هذا الإجماع قول سعيد ابن المسيب وابن جبير ؛ لأنهما ، وإن كانا ورثا القاتل عمداً فلأن يرث القاتل خطأ أخرى .

بجانب أن حجتهم في تورث القاتل عمداً هو آيات المواريث ، وأنها تتناول القاتل - عمداً كان أم خطأ - بعمومها فيجب العمل بها . ونحن وإن كنا اخترنا في قاتل العمد رأي الجمهور وأنه لا يرث لا من الدية ولا من المال لكننا نختار هنا أن القاتل خطأ يرث من الدية ، ومن المال وهو الرأي الذي اختاره أستاذنا الدكتور/أحمد يوسف واختاره القانون يقول : " وذهب مالك ، والأوزاعي ، وأبو داود وابن المنذر ولهم سلف كذلك إلى أنه يرث ، وهو الرأي الذي اختاره القانون ، وهو الأصح ، لأن ميراث القاتل ثابت بالكتاب ، والسنة ، فخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر (٣) ، والله أعلم .

(١) المغني ج٦ ص ٢٤٤ ، العمدة ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(٢) مراتب الإجماع ص ٩٨ .

(٣) المال في الشريعة الإسلامية ص ١٩٥ ، المغني ج٦ ص ٢٤٤ ، تكملة المجموع ج٤ ص ٥٠٢ .

١٢ - الدية مال كسائر

المال يرثه الورثة الشرعيون

قال أبو عمر : قال مالك : إذا قتل ولادة الدم الدية فهي موروثة على كتاب الله ، يرثها بنات الميت ، وأخواته ، وقال أبو عمر ، ولا أعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم ، وهو إجماع من الصحابة ، والتابعين ، وسائر فقهاء المسلمين إلا طائفة من أهل الظاهر فجعلوا الدية للعصبة خاصة على ما كان يقوله عمر ثم انصرف عنه ، بما حدثه الضحاك بن سفيان في امرأة أشيم الضبابي فقضى عمر والخلفاء بعده ، وأفتى به العلماء أئمة الفتوى بالأمصار من غير خلاف إلا ممن لا يستحي من سبيل المؤمنين عصمنا الله ونجّاه ووفقنا لما يرضاه (١) .

كان عمر رضي الله عنه يذهب إلى أن دية الميت لا يرثها إلا عصبته ويروى الإمام مالك أن عمر طلب من الناس بمنى أن يخبره كل من علم شيئاً من الدية عن الرسول ﷺ به فقام الضحاك بن سفيان الكلابي فقال : "كتب إلى رسول الله ﷺ أن أورث امرأة ، أشيم الضبابي من دية زوجها فقال له عمر ادخل الخباء فلما نزل عمر أخبره الضحاك فقضى عمر بذلك قال ابن شهاب : " وكان قَتِيلُ أَشِيمٍ خَطِيئاً " (٢) .

ومعنى هذا أن ابن عبد البر رحمته الله الدية مال كمال الوارث يرثه الورثة الشرعيون وحكى الإجماع على ذلك كما سبق . ويقول أيضاً : " وقد روى عن النبي ﷺ من طرق مراسيل ومسندة : " الدية سبيلها الميراث " (٣) .

اتفق على ذلك العلماء ، وجماعة أئمة الفتوى بالأمصار فلا معنى فيه للإكثار (٤) .

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ٣١٨ .

(٢) الموطأ ج ٢ ص ١٩٠ ، وانظر منهج عمر بن الخطاب في التشريع لأستاذنا الدكتور/محمد البلتاجي .

(٣) أخرجه الدرامي في الفرائض باب : " من قال : إن المرأة تراث من دية زوجها في العمدة والخطأ " حديث ٣٠٤١ وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ج ٩ ص ٣٧٦ رقم ٧٦١٣ .

(٤) الاستذكار ج ٢٥ ص ١٩٦ .

وقال : " عن عمر أنه كان يورث الإخوة من الأم من الدية وانعقد الإجماع بذلك على هذا والحمد لله " (١) .

ويقول : ولا أعلم خلافاً بين العلماء قديماً ولا حديثاً بعد قول عمر الذي انصرف عنه إلى ما بلغه من السنة المذكورة في أن المرأة تراث من دية زوجها كميراثها من سائر ماله ، وكذلك سائر الورثة ذوات فرض كانوا أو عصبية (٢) .

وفي هذه المسألة خلاف عن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - يقول ابن قدامة : " ودية المقتول مورثة عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي ، فروي عنه مثل قول الجماعة ، وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه ، وكان عمر يذهب هذا المذهب ثم رجع عنه (٣) .

ويذكر ابن حزم أن هذه المسألة خلافية يقول : اختلف الناس في كيف تورث الدية فقالت طائفة : الدية للعصبية ، وقال آخرون : هو لجميع الورثة (٤) .

وقد ذكر عبدالرزاق قال : أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة أنه كان لا يورث الإخوة للأم من الدية (٥) .

والغريب حقاً أن ابن عبدالبر نفسه يذكر خلافاً أخرى غير ما ذكرناه من قبل !! .

فيقول مثلاً في التمهيد : " وجاء فيه عن الحسن البصري وحده أن الإخوة للأم والمرأة ، والزوج لا يرثون من الدية شيئاً ، وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب وروى عنه مثل قول باقي الفقهاء : قد ظلم من لم يورث بنى الأم من الدية " (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٩٧ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٢٦٢ .

(٤) المحلى جـ ١٠ ص ٤٧٤ .

(٥) مصنف عبدالرزاق جـ ٩ ص ٣٩٩ .

(٦) التمهيد جـ ١٢ ص ١٢٢ .

ويقول : " الدية سبيلها الميراث : اتفق على ذلك العلماء ، وجماعة أئمة الفتوى بالأمصار وقد شذ عنهم من المتأخرين من أصحاب الظاهر من لم يستحي من خلاف جماعتهم ، وهو محجوج بهم ، ولا يلتفت إليه معهم ^(١) .

ولا أعرف كيف يمكن ادعاء الإجماع ، أو الاتفاق مع وجود كل هذه المخالفات عن علي ، والحسن البصري ، وأبي سلمة ، وبعض متأخري الظاهرية ؟ !! .

لكنه التوسع في المصطلح ، وفي تطبيق بعض القواعد الأصولية ومنها الاحتجاج بقول الجمهور وهذا واضح جداً في النقل الأخير الذي نقلناه عن ابن عبد البر ^(٢) .

وجمهور الفقهاء على ما حكاه ابن عبد البر من اعتبار الدية مال كسائر مال الميت يرثه عنه الورثة الشرعيون :

(١) عند الأحناف :

أن دية الخطأ كسائر الديون يرث منها كل واحد من الزوجين وغيرهما لحديث " من ترك مالاً أو حقاً فلورثته " ولأنه أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل : " دية " زوجها ^(٣) .

(٢) وعند المالكية :

" يقول الشيخ عايش " ت ١٢٩٩ " ويرثها - أي الدية - باقي ورثة المقتول فرضاً ، وتعصيباً ، وإن لم يوجد عاصب ، وفضل عن أصحاب الفروض بقية ردت على ما عدا الزوجة " ^(٤) .

(٣) وعند الشافعية :

" تورث الدية كسائر أموال الميت لخبر أشيم الضبابي ، وتوريث زوجته من دينه " ^(٥) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٩٦ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٩٦ .

(٣) المبسوط للرخسى جـ ١٠ ص ١٦٦ ، والفقهاء الإسلاميين وأدلة ص ٨٩ ص ٢٦٣ ، منهج عمر بن الخطاب في التشريع ص ٧٥ .

(٤) فتح العلي المالك جـ ٢ ص ٣٧٧ ، ٣٨٨ ط الحلبي ١٣٧٨ هـ .

(٥) راجع مغني المحتاج جـ ٣ ص ٩ ، الوجيز للغزالي ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٤) وعند الحنابلة :

يقول ابن قدامة : " ودية المقتول مورثة عنه كسائر أمواله " (١).

(٥) وعند الإمام ابن حزم :

" فإن الدية بنص القرآن ونص السنة لأهل ، والزوجة والزوج والأخوة للأم أهل ، فحظهم من الدية واجب كسائر الورثة " (٢) .

ونلاحظ أن إشارة ابن عبد البر لمخالفة بعض متأخري الظاهرية لا تتضمن ابن حزم ، لأن ابن حزم كما نقلنا عنه آنفاً يذهب مذهب الجمهور في أن الدية مال كسائر مال الميت توزع على الورثة كل حسب نصيبه .

والذي يراه الباحث أن رأي الجمهور هو الأولى بالصواب للخبر الثابت فيه في قصة عمر مع زوجة أشيم الضبابي .

وأظن أن سيدنا عمر ومن قال بقوله أخذ بظاهر القياس وذلك أن المقتول لا تجب ديته إلا بعد موته ، وإذا مات بطل ملكه ، فلما بلغته السنة ترك الرأي وصار إلى السنة وكان مذهب عمر أن الدية للعائلة الذين يعقلون عنه إلى أن بلغه الخبر فانتفى إليه ، والله أعلم .

(١) المغني ج٦ ص ٢٦٢ .

(٢) المغلي ج١٠ ص ٤٧٥ ، ٤٧٧ .

١٣ - الوصية

بأكثر من الثلث

قال أبو عمر في التمهيد : " أن الوصية بأكثر من الثلث إذا أجازها الورثة جازت ، وهذا إجماع ^(١) ، وقال : " وأجمع فقهاء الأمصار أن الوصية بأكثر من الثلث تجوز إذا أجازها الورثة ، وإذا لم يجزها الورثة لم يجز إلا الثلث " ^(٢) .

نلاحظ أنه هنا كرر الإجماع مرتين بمصطلحين مختلفين لكن هذا الإجماع لا يصح لأن الظاهرية يقولون بأن الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز أجازها الورثة أو لم يجزوها وهو قول " عبدالرحمن بن كيسان " ^(٣) وهو مذهب المزني !! فكيف يصح إدعاء هذا الإجماع ؟ !! مع مخالفة هؤلاء ؟ !! .

يقول ابن حزم : " و لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث كان له وارث ، أو لم يكن له وارث أجاز الورثة ، ولم يجزوا " ^(٤) .

ويقول د/ وهبة الزحيلي ، قال المزني ، والظاهرية : لا تصح الوصية للوارث مطلقاً ، ولو أجازها الورثة ، لأن الله منع ذلك ^(٥) .

وابن عبدالبر يعتد بخلاف لظاهرية وكثيراً ما يحكي أقوال داود بن علي الظاهري ومن تابعه ، وابن حزم الذي نقلنا كلامه آنفاً تلميذ مباشر لابن عبدالبر وهو من أئمة الاجتهاد المعروفين الذين لا يجوز انعقاد الإجماع بدونهم .

(١) التمهيد جـ ٨ ص ٣٨٤ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٠ وما بعدها ، وانظر التمهيد جـ ٨ ص ٣٨٤ .

(٣) هو أبو بكر الأصم عبدالرحمن بن كيسان ت ٢٢٥ هـ ترجمة الأعلام جـ ٣ ص ٣٢٣ .

(٤) اخلى جـ ٩ ص ٣١٧ .

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ٤٣ .

وحجة الظاهرية : أنه صح من طرق عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : " عادني رسول الله ﷺ فقلت : أوصني بما لي كله ؟ قال ، لا قلت : فالنصف ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث قال : نعم : والثلث كثير " . والخبر بأن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته بعق ستة أعبد لا مال له غيرهم فدعاهم رسول الله ﷺ فأقرع بينهم فأعق اثنين وأرق أربعة " (١) .

وأيضاً لعموم قوله ﷺ : " لا وصية لوارث " وفي قول رسول الله ﷺ : " الثلث كثير " دليل على أن الغاية التي إليها تنتهي الوصية وأن ذلك كثير في الوصية ، وأن التقصير عنه أفضل لقوله ﷺ بعقب قوله : " الثلث كثير " ولأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس ، فاستحب له الإبقاء لورثته (٢) ، هذا هو قول الظاهرية .

(١) وعند الأحناف :

قال عن الوصية : " وهي مقدرة بالثلث تصح للأجنبي مسلماً كان أو كافراً بغير إجازة الورثة ، وما زاد على الثلث والقاتل والوارث تصح بإجازة الورثة " (٣) .

(٢) قال ابن أبي زيد القيرواني :

" ويحق على من له ما يوصى فيه أن بعد وصيته ، ولا وصية لوارث والوصايا خارجة من الثلث ، ويرد ما زاد عليه إلا أن يجيزه الورثة " (٤) .

(٣) قال النووي :

" ينبغي أن لا يوصى بأكثر من ثلث ماله فإن زاد ورد الوارث بطلت في الزائد وإن أجاز فإجازته تنفذ " (٥) .

(١) المحلى ج٩ ص ٣٦٧ .

(٢) صحيح البخاري بحاشية السندي ج٤ ص ١٦ .

(٣) الاختيار ج٤ ص ١٢٨ .

(٤) التمر الداني ص ٣٩٧ .

(٥) السراج الوهاج ص ٣٣٨ .

(٤) قال البهوتي :

" و لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث لأجنبي لمن له وارث ولا نوارث بشئ إلا بإجازة الورثة " (١) .

(٥) وقد مر أن الظاهرية :

هم الذين يخالفون في ذلك ، والعجب أن ابن عبد البر كان يعلم بخلافهم ومع ذلك عبر بالإجماع حيث يقول بعد أن عرض الإجماع السابق في التمهيد .

وقال أهل الظاهر : " أن الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز ، أجازها الورثة أو لم يجزوها ، وهو قول عبدالرحمن بن كيسان ، وإلى هذا ذهب المزني (٢) .

ويرى الباحث : أن رأي الجمهور هو الأرجح ؛ لأن من ملك حقاً ملك التنازل عنه ، والزائد عن الثلث مقيد بإجازة الورثة ؛ لأنه حقهم فإذا أجازوها جازت (٣) .

(١) الروض المربع ص ٣٤٦ .

(٢) التمهيد ج ٩ ص ٣٨١ .

(٣) النظر المفني ج ٦ ص ٦١ ، ٦٢ .

١٤ (أ) الوصية مندوب

إليها في كل مال قل أو كثر

١٥ (ب) الوصية

مستحبة وليست واجبة

الوصية من الإيصاء ، ووصيت إلى فلان توصية ، وتطلق لغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر حال حياته ، أو بعد وفاته ، ويقال : أوصيت له أو إليه جعلته وصياً يقوم على من بعده وهذا المعنى اشتهر فيه لفظ الوصاية ^(١) .

الوصية نظام قديم لكنه اقتترن في بعض العهود بالظلم والإجحاف، فعند الرومان : كان لرب العائلة حق التصرف بطريق الوصية تصرفاً غير مقيد بشئ فقد يوصى لأجنبي ويحرم أولاده من الميراث ، ثم انتهى الأمر إلى وجوب الاحتفاظ للأولاد بربع ميراث أبيهم، بشرط ألا يكونوا قد أتوا في سلوكهم مع مورثهم ما يوغر صدره إيغاراً شديداً وعند العرب في الجاهلية : كانوا يوصون للأجانب تفاخراً ومباهاة، ويتركون الأقارب في الفقر ، والحاجة ، وجاء الإسلام فصحح وجهة الوصية على أساس الحق والعدل فالزم الناس قبل تشريع الميراث بالوصية للوالدين والأقربين ، فقال : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ ^(٢) ^(٣) .

والوصية في الاصطلاح الشرعي : " تصرف في التركة مضافاً لما بعد الموت " ^(٤) .

(١) المصباح المئير للفيومي مادة " وصى " ، الفقه الإسلامي ، وأدلته جـ ٨ ص ٨ ، انظر مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٩

(٢) سورة البقرة : الآية ١٨٠ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ٨ ، ٩ .

(٤) المغني جـ ٦ ص ٥٥ ، المال في الشريعة الإسلامية بين الكسب والانفاق والتوريث لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف ص ٢٦٦ ومراجعته ، انظر في أحكام التركات الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور محمد إبراهيم شريف ص ١٤٤ وما بعدها .

وقد حكى ابن عبد البر الإجماع بأكثر من مصطلح على استحباب الوصية ، وعدم إيجابها .

فقال : " وأجمعوا أن الوصية ليست بواجبة إلا على ما كانت عليه حقوق بغير بينة ، أو كانت عنده أمانة بغير شهادة ، فإن كان ذلك فواجب عليه الوصية فرضاً " (١) .

وقال : " واتفق فقهاء الأمصار على أن الوصية جائزة في كل مال قل ، أو كثر " (٢) .

وقال : " واتفق فقهاء الأمصار على أن الوصية مندوب إليها مرغوب فيها ، وأنها جائزة لمن أوصى في كل مال قل ، أو كثر " (٣) .

وقال : " الوصية على الندب لا على الإيجاب عند الجميع لا يختلفون في ذلك ، وقد أجمع العلماء على أن الوصية غير واجبة على أحد إلا أن يكون عليه دين أو تكون عنده ودیعة أو أمانة فيوصى بذلك ... ثم قال وقد شذت طائفة فأوجبوا الوصية لا يعدون خلافاً على الجمهور !! " (٤) .

وقال : " وأجمع الجمهور على أن الوصية غير واجبة على أحد إلا أن يكون عليه دين ، أو يكون عنده ودیعة أو أمانة فيوصى بذلك " (٥) .

❖ ونلاحظ :

(١) أنه عبر بأكثر من مصطلح فمرة بـ " الإجماع " ومرة بـ " الاتفاق " ومرة بـ " إجماع الجمهور " ومرة بـ " عند الجميع " ، مرة بـ " لا يختلفون " .

و واضح أنه يستخدم هذه المصطلحات مترادفة وهو الذي جعل إجماعاته محل طعن - كما سيأتي في المبحث السابع من الفصل الثاني من الباب الثاني .

(١) التمهيد جـ ٨ ص ٣٨٤ .

(٢) التمهيد جـ ١٤ ص ٢٩٧ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١١ .

(٤) التمهيد جـ ١٤ ص ٢٩٢ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٧ .

(٢) أنه يمكن اعتبار ما نحن بصدده مسألتين :

أ - أن الوصية مندوبة ومرغوب فيها في كل مال قل ، أو كثر .

ب - استحباب الوصية وعدم إيجابها وفي هذا نظر كما سيأتي .

(١) الإجماع على أن الوصية جائزة ومرغوب فيها في كل مال قل أو كثر ، وفي هذا نظر أيضاً حيث أن فيها مخالفة ابن عباس وعلى وعائشة وغيرهم حيث لم يجعلوا الوصية إلا في المال الكثير ولم يجعلوها في القليل قال في المحلى : " إن ابن عباس قال فيمن ترك ثمانمائة درهم : قليل ليس فيها وصية ، وإن علياً نهى من لم يترك إلا من السبعمائة إلى التسعمائة عن الوصية ، وأن عائشة أم المؤمنين قالت : فيمن ترك أربعمائة ديناراً في هذا فضل عن ولده " (١).

ويقول ابن قدامة في المغني : " واختلف أهل العلم في الذي لا تستحب له لماله فروى عن أحمد : " إذا ترك دون الألف لا تستحب الوصية ، وعن علي " أربعمائة دينار . وقال ابن عباس : إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصى ، وقال : من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً ، وقال طاوس : الخير ثمانون ديناراً والذي يقوي عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية ، لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله " إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة " (٢) .

ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه ، فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم وقال الشعبي : " ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس " (٣) .

❦ وهذا هو الذي يراه الباحث راجحاً - إن شاء الله - فلا تستحب الوصية إلا لمن ترك خيراً أي مالاً زائداً عن حاجة الورثة ،

(١) المحلى ج٩ ص ٣١٢ .

(٢) رواه البخاري انظر فتح الباري ج٥ ص ٣٦٣ ، ٣٦٩ ، ج٩ ص ٤٩٧ ، ورواه مسلم في كتاب الوصايا ج١١ ص ٨٠ ، انظر سبل السلام ج٣ ص ٢٠٢ .

(٣) المغني ج٦ ص ٥٦ .

لكن أرى مع ذلك عدم تقيد ذلك القدر بمبلغ معين سبعمائة ، أو ألف ، أو غيرها ، لأن ذلك يختلف باختلاف الورثة في كثرتهم وقتلهم ، وغناهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال كما يقول ابن قدامة بحق ، والله أعلم .

(ب) أما حكاية الإجماع على استحباب الوصية :

فهذا لا يصح حيث ذهب كثير من السلف إلى إيجابها قال في المغني : " ليست - الوصية - واجبة على أحد في قول الجمهور ... وقال أبو بكر عبدالعزيز : وهي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول داود وحكى ذلك عن مسروق ، وطاوس ، وإياس ، وقتادة ، وابن جريير واحتجوا بالآية ، وخبر ابن عمر ، وقالوا ، نسخت الوصية للوالدين ، والأقربين الوارثين ، وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين ^(١) .

ويقول استاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم شريف : " أما حكم الوصية فيرى الجمهور أن الأصل فيها الإباحة ، والاختيار إذا كانت لغير محتاج ولم يقصد بها معصية وتكون مندوبة في القربات الدينية غير الواجبة.... وخالف الزهري ، وبعض الفقهاء رأي الجمهور فذهبوا إلى أن الأصل في الوصية الوجوب بإطلاق ، وتوسط غيرهم بين هذين الرأيين فقالوا بوجوبها للأقربين غير الوارثين ومن هؤلاء الإمام أحمد وداود الظاهري ^(٢) .

ولعل أشهر القائلين بوجوب الوصية الإمام ابن حزم الظاهري يقول : " والوصية فرض على كل من ترك مالا لما رويناه من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة " ، قال ابن

(١) المغني ج٦ ص ٥٥ وهو يقصد الآية ١٨ من سورة البقرة وقد حكى نفس المخالفة د/وهبة الزحيلي وأضاف إليهما الطبري الفقه الإسلامي ج٨ ص ١٢٢ ، ويقصد حديث ابن عمر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة " ، رواه مسلم ، كتاب الوصية ج١١ ص ٧٨ ، بشرح النووي .

(٢) أحكام الزكوات الميراث ، والوصية ص ١٤٦ بتصرف يسير ، انظر المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٢٦٧ ، ومن حكى الخلاف ابن رشد في بداية المجتهد ج٢ ص ٣٣٤ ، الإمام القرطبي في أحكام القرآن ج١ ص ٢٣٦ ط الشعب والخطيب الشريبي في مغني المحتاج ج٣ ص ٣٨ وغيرهم .

عمر : " ما مرت على ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلا وعندي وصيتي وروينا إيجاب الوصية من طريق ابن المبارك عن عبد الله بن عون عن نافع عن ابن عمر من قوله ، ومن طريق عبد الرزاق عن الحسن بن عبيد الله قال : " كان طلحة ، والزبير يشددان في الوصية ، وهو قول عبد الله بن أبي أوفى ، وطلحة بن مطرف ، وطاوس والشعبي وغيرهم ، وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا ، وقال قوم : ليست فرضاً " (١) .

❁ أما جمهور الفقهاء فعلى عدم وجوبهما :

(١) قال في الاختيار :

كتاب الوصايا : " وهي مندوبة دل على ذلك الكتاب ، والسنة والإجماع " (٢) .

(٢) يقول الخطاب :

" وحكم الوصية قال ابن رشد في كتاب الوصايا حكمها الندب على الجملة " (٣) .

(٣) يقول الخطيب الشربيني :

" وكانت أول الإسلام واجبة ، ثم نسخ وجوبها بآيات الموارد وبقي استحبابها " (٤) .

(٤) يقول ابن قدامة :

" فأما الوصية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور ، ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك ، فكيف ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ، ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً " (٥) .

(١) أغلبي جـ ٩ ص ٣١٢ .

(٢) الاختيار جـ ٤ ص ١٢٧ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٤ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ .

(٥) المغني جـ ٦ ص ٥٥ .

والذي يراه الباحث :

أن حكم الوصية مختلف باختلاف حالة الموصى ، والباعث على الوصية ، وجهة الإيصاء ، ويقول أستاذنا الدكتور/محمد إبراهيم شريف: " أما حكم الوصية فيرى الجمهور أن الأصل فيه على الإباحة ، والاختيار وذلك إذا كانت لغير محتاج ولم يقصد بها معصية وتكون مدوبة إذا كانت في القربات الدينية غير الواجبة كوصية للفقراء ، والمحتاجين ، وذوي العيال أو أهل العلم والصلاح ، ووصيته في سبيل الخير ، والنفع العام ، وقد تكون محرمة إذا قصد بها معصية ، أو كان باعث عليها محرماً ، أو كان فيها إضراراً بالورثة أو مخالفة لمقاصد الشرع ، وقد حرمها الشارع في هذه الحالة ، وأبطالها القانون ، وقد تكون مكروهة وذلك إذا كانت لأهل الفسق فإنها تكره لهم خشية تماديهم بها في فسقهم ، وقد ينتقل حكمها إلى الوجوب ، وذلك إذا كانت لأداء ما فات الميت من ذكوات ، وكفارات وفدية ، وصيام ، ونحو ذلك من الفرائض والواجبات التي قصر فيها في حياته أو كانت لأداء ديون في ذمته للعباد لم تكن عليها بينات تثبتها ^(١) ، والله أعلم .

(١) راجع المعنى جـ ٦ ص ٥٥ وما بعدها ، أحكام الركات الميراث والوصية ١٤٥ هـ ، ١٤٦ ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٣٦٤ وما بعدها ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني جـ ٣ ص ٣٨ وما بعدها

" ١٦ - لا وصية لوارث "

قال أبو عمر : " أجمع العلماء على القول بأن لا وصية لوارث وعلى العمل بذلك قطعاً منهم على صحة هذا الحديث ، وتلقياً منهم له بالقبول " (١) .

وقال : " وأما مَنْ أوصى لوارث فلا تجوز وصيته بإجماع " (٢) ، وقال : والأقربون الذين تجوز لهم الوصية ليسوا بوارثين " ، وهذا إجماع علماء المسلمين أنه لا وصية لوارث وأن المنسوخ من آية الوصية الوالدان على كل حال إذا كان على دين ولدهما ، لأنهما حينئذ وارثان لا يحجبان ، وكذلك كل وارث من الأقربين لقوله ﷺ : " لا وصية لوارث " (٣) .

هكذا أطلق الإجماع دون تقييد بإجازة الورثة ، أو عدم إجازتهم فالجمهور يقول بجواز الوصية للوارث إذا أجازها الورثة .

وقال المزني ؛ وداود بن علي وجماعة أهل الظاهر لا تجوز الوصية للوارث أجازها الورثة أولاً ، لأن رسول الله ﷺ قال : " لا وصية لوارث " (٤) .

ولم يقل إلا أن يجزها الورثة ، وحسبهم أن يعطوه من أموالهم ما شاءوا (٥) ، وكان على ابن عبد البر أن يقيد الإجماع بقوله : " إذا لم يجزها الورثة " .

أما إذا كان ابن عبد البر يقصد أنه لا تصح الوصية للوارث إذا لم يجزها الورثة ، وهو الاحتمال الأكبر ، لأنه قد ذكر في موضع آخر اتفاق الجمهور على

(١) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٤ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٨ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٢ .

(٤) أخرجه الترمذي الباب الخامس من كتاب الوصايا ، وابن ماجه الباب ٦ من كتاب الوصايا ، وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ٢٠٤ حديث ٩٠٧ .

(٥) انظر المغني جـ ٦ ص ٥٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٤ ، المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ٤٣ .

أن الوصية للوراث موقوفة على إجازة الورثة فإن أجازها بعد الموت جازت ، وإن ردوها فهي مردودة ^(١) فكان يجب عليه أن يذكر هذا الاستثناء ، وهو يحكى الإجماع مع ذلك ففي هذا الإدعاء كذلك نظرن ، فقد ذهب البعض إلى جواز الوصية للوارث ، وإن لم يجزها الورثة .

يقول أستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم شريف : " وذهب الشيعة الإمامية وبعض أئمة الزيدية ، ومحققي المفسرين إلى جواز الوصية للوارث بما لا يزيد عن الثلث دون توقف على إجازة الورثة فهو والأجنبي في ذلك سواء وقالوا إن صح حديث : " لا وصية لوارث " فإن النفي فيه يحمل على نفي الوجوب لا نفي الندب ، ونسخ وجوب الوصية للوارث الثابت في الآية : ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ ﴾ ^(٢) ، لا يستلزم نسخ ندها ، كما أن نسخ وجوب صوم يوم عاشوراء لا ينسخ ندهه ، وعليه تكون الوصية للوارث مندوبة ، والأقارب فيها أفضل من الأبعد ^(٣) .

ويقول الجصاص : " فأما إيجاب الله تعالى الميراث للورثة فغير موجب نسخ الوصية لجواز اجتماع الميراث ، والوصية معاً ألا ترى أنه عليه السلام قد أجازها للوارث ؟ " . فلم يكن يستحيل اجتماع الميراث ، والوصية لواحد لو لم يكن إلا آية الميراث ، على أن الله إنما جعل الميراث بعد الوصية فما الذي كان يمنع أن يعطي قسطه من الوصية ثم يعطي الميراث بعدها ؟ ! ^(٤) .

وعلق على قول الشافعي في الرسالة باحتمال نسخ آيات المواريث للوصية ، واحتمال ثبوتها معها ، فلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طريق مجاهد وهو منقطع أنه قال : " لا وصية لوارث " استدللنا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من ذلك على أن المواريث ناسخة للوصية للوالدين والأقربين مع الخبر المنقطع ^(٥) .

(١) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٩ ، ٢٠ .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٨٠ .

(٣) أحكام الزكّات الميراث والوصية ص ١٥١ ، ١٥٢ ، انظر سبل السلام جـ ٣ ص ٢٠٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ١ ص ٤٣

(٤) أحكام القرآن جـ ١ ص ٢٣٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ٦٢ ، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٨ .

(٥) الرسالة ص ١٠٨ ، ١٣٨ وما بعدها ، ط دار التراث تحقيق الشيخ/أحمد شاكر .

قال الجصاص : " قد أعطى القول باحتمال اجتماع الوصية ، والميراث فإذا ليس في نزول آية الميراث ما يوجب نسخ الوصية للوراث فلم تكن الوصية منسوخة بالميراث بجواز اجتماعهما ، والخبر لم يثبت عنده - أي الشافعي - لأنه ورد من طريق منقطع ، وهو لا يقبل المرسل ، ولو ورد من جهة الاتصال والتواتر لما قضى به على حكم الآية إذ غير جائز عنده نسخ القرآن بالنسخة فواجب أن تكون الوصية للوالدين والأقربين ثابتة الحكم غير منسوخة إذا لم يرد ما يوجب نسخها" (١) .

وهكذا فعلى أي الاحتمالين كان كلام ابن عبد البر في ادعاء الإجماع ففيه نظر .

وجمهور الفقهاء كما قلنا على عدم الوصية للوراث إلا إذا أجازها الورثة :

(١) الأحناف :

" وهي مقدرة بالثالث ما زاد على الثالث ، وللقائل ، والوراث تصح بإجازة الورثة " (٢) .

(٢) المالكية :

وبطلت الوصية لوراث إلا أن يجيز ذلك الوراث " (٣) .

(٣) الشافعية :

" وتصح الوصية وإن لم يخرج من الثالث لوراث في الأظهر إن أجاز باقي الورثة " (٤) .

(٤) الحنابلة :

" ولا وصية لوراث إلا أن يجيز الورثة ذلك " (٥) .

(١) أحكام القرآن ج ١ ص ٢٣٣ .

(٢) الاختيار ج ٤ ص ١٢٨ .

(٣) الشرح الصغير للدردير ج ٤ ص ١٨٣ ، مواهب الجليل الخطاب ج ٦ ص ٣٦٨ ، والتاج الأكليل ج ٦ ص ٣٦٨ .

(٤) مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٣ .

(٥) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٨ .

(٥) الظاهرية :

يقول ابن حزم : "ولا تحل الوصية لوارث أصلاً سواء جَوَزَ الورثة ذلك أو لم يجوزوا إلا أن يبتدؤا هبة لذلك من عند أنفسهم ، فهو ما لهم ، وهذا قول المزني ، وأبي سليمان " (١) .

والذي يراه الباحث :

أ- أو الوصية للوارث تجوز في حدود الثلث دون توقف على إجازة الورثة وذلك لأنه :-

(١) إذا كان حق الورثة المقرر لهم شرعاً ثابتاً في الثلثين ، فليس للمورث ولا لغيره أن ينقصهم شيئاً منه ، كان الحق المقرر للمورث - أيضاً - ثابتاً في الثلث الذي تصدق الله تعالى به عليه إن شاء أوصى به للورثة أو لبعضهم لغرض صحيح يدعو به إلى ذلك - كحاجة بعض الورثة ، أو كونه متفرغاً لطلب العلم ، أو لكونه كثير العيال مع فقره ، أو كونه مريضاً ، أو مكافأة له على عمل حسن قدمته يداه ، ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة ، والمقاصد الشريفة التي يقرها الشرع والعقل جميعاً (٢) .

(٢) إذا كانت الوصية للأجنبي تجوز في حدود الثلث فهي للأقارب سواء وارثين ، أم غير وارثين جائزة من باب أولى ، والنص الوارد بالمنع دخله الاحتمال ، وإذا تطرق الاحتمال إلى الدليل سقط الاحتجاج به كما هو مقرر ، فالأمر في الثلث موكّل للمورث كما أن الأمر في الثلثين موكّل إلى الشارع نفسه .

(٣) ويتقوى هذا الرأي للقائلين به بما يرونه من أن المتوفى إذا لم يوص بالثلث لأحد ، بل تركه لورثته أفلا يكون هذا كوصيته منه لورثته بهذا الثلث يقتسمونه على فرائض الله تعالى كما يقتسمون الثلثين ، وإن لم يصرح بالوصية ؟ فترك الوصية بالثلث للأجنبي هو - في

(١) المحلى ج ٩ ص ٣١٦ .

(٢) الميراث والوصية لأستاذنا الدكتور/محمد إبراهيم شريف ص ١٥٢ .

نفس الوقت وصيته به للورثة - بوجه ما . على قدر أنصبتهم وهذا ظاهر ومعقول جداً^(١) .

٤) ويتساءل أستاذنا الدكتور/محمد إبراهيم شريف بحق : " لِمَ لا يكون الشارع قد ترك الثلث للإنسان ليتدارك به مثل النقص الذي قد يحدث لبعض الورثة أو أي شيء يقتضيه الحال ليحفظ به التوازن بين أفراد الأسرة إذا أعوزه الأمر واحتجز الثلثين للورثة منعاً من ظلم المورث إياهم ليحقق بهذا أو ذاك غرض الشارع من صلة ذوى الأرحام والبر بهم ؟

وبالجملة فالذي ترتاح إليه النفس ، ويؤخذ من روح الشريعة ومقاصدها النبيلة أنه لا يجوز ادخال الوحشة على الأولاد ، وسائر الأقارب بإيثار بعضهم على بعض لا في الحياة ، ولا بعد الممات إلا إذا وجد سبب وجيه يقره الشرع والعقل لإيثار بعضهم على بعض فإن جار الإنسان في وصيته ، أو تتكبد طريق العدل ، والحق ، فللحاكم أن يرده إلى الصواب ، وألا يمكنه من إساءة استعمال حقه ونحن معه في ذلك^(٢) .

وقد اعتمد القانون المدني المصري قول من أجاز الوصية بالثلث للوارث دون توقف على إجازة الورثة ، ولم يعتبر إجازة هؤلاء شرطاً إلا فيما زاد على الثلث من الوصية سواء كانت لوارث ، أو لغيره ، وقد نصت على هذه الأحكام وغيرها من أحكام الوصية الاختيارية المادة ٣٧ لسنة ١٩٤٦^(٣) .

ب- أن الوصية بما زاد على الثلث لا تجوز سواء للوارث ، أو لغير وارث دون إجازة الورثة فإذا أجازها البعض وأبى الآخرون أخذ من نصيب المجيز بما تسمح به نفسه ويرضاه دون إجبار ، أو إضرار به فإن لم يجيزوا رد إلى الثلث ، واعتقد أن هذا هو الموافق لروح الشريعة السمحاء^(٤) ، والله الموفق للصواب .

(١) الميراث والوصية ص ١٥٢ .

(٢) راجع في أحكام التركات الميراث والوصية ص ١٥٤ ، ومراجعته .

(٣) انظر المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ٣٠٦ .

(٤) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٦٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٠١ .

١٧ - اشتراط موت الموصي

قبل الموصي له لصحة الوصية

قال أبو عمر : "وقد أجمعوا أن الوصية تصح بموت الموصي وقبول الموصي له إياها بعد موت الموصي " (١) .

موت الموصي له المعين قبل موت الموصي تبطل به الوصية باتفاق المذاهب الأربعة ، لأن الوصية عطية ، وقد صادفت المعطى ميتاً فلا تصح كالهبة للميت ، ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاء الموصي ، وقبول الموصي له .

وكذلك تبطل الوصية عند الجمهور غير الحنفية إذا مات الموصي له بعد موت الموصي قبل القبول ، وعند الحنفية لا تبطل ، لأن القبول معناه عندهم : عدم الرد ، وتبطل الوصية عند الجمهور بموت الموصي له سواء علم الموصي بموته ، أم لم يعلم والمالكية ، عندهم تفصيل آخر (٢) .

وفي هذه المسألة السابقة جعل ابن عبد البر موت الموصي قبل الموصي له شرطاً في صحة الوصية ، وحكى الإجماع على ذلك ، وفي المسألة خلاف حكاه ابن رشد ، وابن قدامة .

يقول ابن رشد : " واختلفوا في الوصية للميت فقال فقهاء : تبطل بموت الموصي له وهم الجمهور ، وقال قوم لا تبطل " (٣) .

(١) الاستذكار ج٢ ص ٢٣ ، التمهيد ج١٩ ص ١٠٧ ومسألة قبول الموصي له أيضاً ليست محل إجماع حيث روى عن الشافعي أنه " ليس القبول شرطاً في صحتها " ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٣٦ ، وراجع المغني ج٦ ص ٧٠ وقد أخذ الباحث بنصيحة أستاذا الدكتور / محمد سراج والذي تشرف هذه الدراسة بإشرافه مشاركاً عليها - بعدم كثرة التفرع والتشعب فجزاه الله خيراً .

(٢) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز ج٤ ص ٤٢٨ ، بدائع الصنائع ج٧ ص ٤٨٩ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ج٨ ص ١١٦ .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٣٤ .

ولم يفصل لنا ابن رشد مَنْ القوم الذين قالوا بعدم البطلان لكن ابن قدامة ذكرهم يقول شارحاً قول الخرقي : " فإن مات الموصي له قبل موت الموصي بطلت الوصية : هذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن علي وبه قال الزهري ، وحماة بن أبي سليمان ، وربيعه ، ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن : تكون لولد الموصي له - أي لورثته - وقال عطاء : إذا علم الموصي بموت الموصي له ولم يحدث فيها أوصى بها شيئاً فهو لوارث الموصي له ، لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول" (١) .

لعل الحجة لمن قال : " تصح الوصية للموصي له ، وإن مات قبل الموصي أنهما جعل الوصية تمليك بمجرد اللفظ دون الافتقار إلى قبول الموصي له أو لحياته ، وجعلوا الوصية منعقدة بمجرد موت الموصي فقط " (٢) .

أما جمهور العلماء فعلى ما حكاه ابن عبد البر من صحة الوصية إذا مات الموصي قبل الموصي له وإذا حدث العكس ومات الموصي له قبل الموصي بطلت الوصية .

(١) فعند الأحناف :

من شروط الوصية عندهم : " أن يكون الموصي له موجوداً فإن لم يكن موجوداً لا تصح الوصية ، لأن الوصية للمعدوم لا تصح " (٣) .

(٢) وعند المالكية :

" إذا أوصى لميت على الموصي بموته حين الوصية وصرف الشيء به للميت في وفاء دينه إن كان عليه دين ، وإلا يكن عليه دين فلوارثه فإن لم يكن عليه دين ، ولا وارث له بطلت " (٤) .

(١) المغني ج٦ ص ٦٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج٨ ص ١١٦ .

(٢) انظر الفقه الإسلامي وأدلته ج٨ ص ٢٢ ، ٢٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ٤٩٥ .

(٤) الشرح الصغير ج٤ ص ١٨٢ ، انظر مواهب الجليل ج٦ ص ٣٣٦ ، ٣٦٧ .

(٣) وعند الشافعية :

فمن يوصى له " أن يتصور له الملك عند موت الموصى ، ولو بمعاقدة وليه ، وقضية هذا أنها لا تصح للميت " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

يقول الخرقى : " فإن مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية " (٢) .

(٥) ويقول ابن حزم :

" و لا تجوز الوصية لميت ، لأن الميت لا يملك شيئاً فمن أوصى لحي ، ثم مات بطلت الوصية له " (٣) .

والذي يراه الباحث : هو رجحان قول الجمهور وأنه يشترط لصحة الوصية حياة الموصى له بعد موت الموصى لما يلي :

(١) أنها - أصلاً - عطية ، وقد صادفت المعطي ميتاً فلم تصح كما لو وهب لميت ، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت كما يقول ابن قدامة^(٤) .

(٢) فإن قيل : إذا أوصى له وهو ميت فإنما أراد أن يكون لورثته قلنا هذا باطل ، ولو أراد الوصية لورثته لقدّر على أن يقول ذلك ، فتقويله ما لم يقل حكم بالظن والحكم بالظن لا يحل^(٥) ، والله أعلم .

(١) معنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ٦٧ .

(٣) المحلى جـ ٩ ص ٣٢٢ .

(٤) المغني جـ ٦ ص ٦٧ ، راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٧٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ١١٦ ، ١١٧ .

(٥) المحلى جـ ٩ ص ٣٢٢ .

١٨ - صحة وصية

البالغ المحجور عليه لسفه

الحَجْرُ في اللغة : بمعنى المنع ، وبه سمي الحطيم حجراً لأنه يمنع من الكعبة ^(١) ،

ولقد عرفه الشافعية والحنابلة بأنه : " المنع من التصرفات المالية " ^(٢) .

وعرفه المالكية بأنه : " وهي منعه ، وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة ، وصدقة وعتق وما أشبه ذلك " ^(٣) .

وعرفه الأحناف بأنه : " المنع عن أشياء مخصوصة بأوصاف مخصوصة " ^(٤) .

ويقول الشوكاني : " والحكمة في الحجر على السفه أن حفظ الأموال حكمة - غاية - لأنها مخلوقة لانتفاع بها بلا تبذير " ^(٥) .

والحجر قد يكون لسفه ، أو لصغير ، أو لغيره ، وقد حكى ابن عبد البر الإجماع على جواز وصية البالغ المحجور عليه ويقول : " قد أجمع هؤلاء - أي فقهاء الأمصار - على أن وصية البالغ المحجور عليه جائزة " ^(٦) .

وقد ذكر هذا الإجماع الخطيب الشربيني عن الأستاذ أبي منصور وابن عبد البر ، وغيرهما .

(١) انظر أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ/ قاسم القونوي ت ٩٧٨ تحقيق الدكتور/ أحمد الكبيس ، نشر دار الدعاء بجدة ص ٢٦٥ .

(٢) انظر مغني المحتاج ج ٢ ص ١٦٥ ، والروض المربع للبهوتي ص ٢٨٦٠ .

(٣) الشرح الصغير ج ٣ ص ١٣٧ .

(٤) الاختيار ج ٢ ص ١٢٨ ، راجع القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً سعدى أبو حبيب صاحب موسوعة الإجماع ، ص ٧٨ ط دار الفكر .

(٥) ليل الأوطار ج ٥ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، وراجع المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص ١٥٠ .

(٦) الاستذكار ج ٢٣ ص ٢٦ .

قال في مغني المحتاج : " وكذا محجور عليه لسفه تصح وصيته على المذهب ، ونقل فيه ابن عبد البر ، والأستاذ أبو منصور ، وغيرها الإجماع " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر فعند الحنابلة وجهان فيها الأول : تصح ، والثاني : لا تصح .

قال في المغني : " فأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح في قياس قول أحمد ، قال الخبري : هو قول الأكثرين ، وقال أبو الخطاب : في وصيته وجهان (٢) .

فقد ذكر الخبري أن هذا هو قول الأكثرين ، لا أنها محل إجماع وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان .

أما جمهور الفقهاء فعلى ما حكاه ابن عبد البر ، وإن كان الأحناف قد فرقوا بين ما كان قرابة ، وما لم يكن كذلك .

(١) الأحناف :

" ولا تصح إلا ممن يصح تبرعه ويستحب أن ينقص من الثلث " (٣) .

(٢) المالكية :

ويصح عند مالك وصية السفیه والصبي الذي يعقل القرب " (٤) .

ويقول ابن جزى : " وتصح في الصبي المميز إذا عقل القرابة خلافاً لأبي حنيفة ومن السفیه " (٥) .

(٣) وعند الشافعية :

يقول النووي : " تصح وصية كل مكلف حر ، وإن كان كافراً ، وكذا محجور عليه بسفه على المذهب (٦) .

(١) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ .

(٢) المغني جـ ٦ ص ١٢٠ ، انظر العدة شرح العمدة ص ٢٤٨ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ١٢٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، انظر الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ٢٧ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٤ .

(٥) القوانين الفقهية ص ٢٩٩ .

(٦) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ .

(٤) وعند الحنابلة :

" فأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح في قياس قول أحمد " (١) .

وقد أشار إلى الوجهين كذلك صاحب العدة قال : " وتصح من المحجور عليه لسفه لأنه بمنزلة الصبي العاقل . وقال أبو الخطاب : في وصيته وجهان :

أحدهما : لا تصح ، لأنه محجور عليه في تصرفاته أشبه الهبة.

والثاني : تصح ، لأنه إنما حبر عليه لحفظ ماله له ، وليس في وصيته إضاعة لماله ، لأنه إن عاش فهو له ، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب ، وقد حصل له (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

" وصية السفیه جائزة ، ثم رفض ابن حزم أن يكون مسلماً يعقل سفيهاً لا تساعد على أن مسلماً يعقل يكون سفيهاً أصلاً حاش لله من ذلك ، إنما السفیه الكافر ، أو المجنون الذي لا يميز " (٣) .

والذي يراه الباحث جواز الوصية من السفیه المحجور عليه تبعاً لرأي الجمهور لما يلي :-

(١) أنه عاقل تصح وصيته فصار كالصبي العاقل .

(٢) أن وصيته تمخضت نفعاً له من غير ضرر ، فصحت كعبادته .

(٣) أحسن ما رأيته للاحتجاج لذلك قول بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي ت ٦٢٤هـ صاحب العدة شرح العمدة الحنبلي يقول : " أنها تصح لأنه إنما حبر عليه لحفظ ماله له ، وليس في وصيته إضاعة لماله لأنه إن عاش ، فهو له ، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب ، وقد حصل له (٤) ، والله أعلم .

(١) المغني ج٦ ص ١٢٠ ، الروض المربع ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(٢) العدة شرح العمدة ص ٢٤٨ .

(٣) المحلى ج٩ ص ٣٣٢ .

(٤) العدة شرح العمدة ص ٢٤٨ .

"الفصل الثاني"

الحدود والعقوبات

" ١ - عدم رجم الأمة المتزوجة "

ذكر أبو عمر في التمهيد : " أجمع العلماء على أن الأمة إذا زنت، وهي متزوجة أن عليها نصف ما على الحرة البكر من الجلد " (١).

وقال في الاستذكار : " وأجمع العلماء على أن الأمة إذا تزوجت فزنت أن عليها نصف ما على الحرة البكر من الجلد لقوله ﷺ في سورة النساء : ﴿ فَإِذَا أَحْصَنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ (٢) .

وهذا الإجماع لا يصح لأن أبانور يقول برجم الأمة المتزوجة فقد روى عنه : " أنه يقول : فإذا أحصن - أي الإماء - فإن عليهن نصف ما على المحصنات المزوجات الرجم ، وهو لا يتناصف فيجب أن ترحم الأمة المحصنة إذا زنت ، وأما قبل الإحصان فيجب جلدها خمسين " (٣) .

ويقول ابن حزم : " اختلف الناس في المملوك الذكر إذا زنى : فقالت طائفة : " إن حده حد الحر من الجلد ، والنفى ، والرجم ثم قال : وقال أبو ثور : " الأمة المحصنة ، والعبد المحصن عليهما الرجم إلا أن يمنع من ذلك إجماع ، وقال الأوزاعي إذا أحصن العبد بزوجة حرة فعليه الرجم ، وإن لم يعتق ، فإن كان تحته أمة لم يجب عليه الرجم إن زنى ، وإن عتق " (٤) .

ونلاحظ أن ابن كثير قد علق على قول أبي ثور هذا : " بأنه أخطأ في فهم الآية ، وخالف الجمهور في الحكم " (٥) .

(١) التمهيد ج ٤ ص ٩٨ ، ١٠٠ .

(٢) الاستذكار ج ٢ ص ١٠١ ، والآية من سورة النساء رقم (٢٥) .

(٣) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٧٧ ، لفظة الرجم لأستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم رحمه الله ص ٢٢ . المفني ج ٩ ص ٤٩ ، ٥٠ ، وأبو ثور هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي الفقيه ، ثقة من العاشرة ت ٢٤٠ هـ . انظر تقريب التهذيب ج ١ ص ٥٦ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٣٩ ، وراجع المفني ج ٩ ص ٤٩ ، ٥٠ .

(٥) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٧٧ .

فجعل مخالفة أبي ثور خلافاً للجمهور لا للإجماع ، وهذا يعني أن حد الأمة المتزوجة هو الجلد على رأي الجمهور ، وهو الراجح - إن شاء الله - .

(١) فعند الأحناف :

اشتراط الحرية لوجوب الرجم : " إحصان الرجم : الحرية والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، والدخول وهو الإيلاج في القبل في نكاح صحيح وهما بصفة الإحصان " (١) .

(٢) ويقول الدردير :

" ويجلد المكلف البكر أي غير المحصن ذكرا ، أو أنثى مائة وتشتطّر لرقق ، وإن قل الجزء الرقيق " (٢) .

(٣) يقول النووي :

" وحد المحصن الرجم ، وهو مكلف حر " (٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

" والمحصن هو الحر البالغ الذي قد وطئ زوجة مثله في هذه الصفات في قبلها في نكاح صحيح " ، وقال شارح العمدة : " فأما العبد والأمة فلا يجب عليهما الرجم " (٤) .

(٥) وقال ابن حزم :

" والحررة المحصنة فإن عليها جلد مائة ، والرجم ، بالضرورة ندري أن الرجم لا نصف له فبقى عليهن نصف المائة ، فوجب على الأمة المحصنة جلد خمسين فقط " (٥) .

وحجة أبي ثور : " أنه جَبَر نصف الرجم إلى الكل كما تُجبرُ عدة الأمة إلى حيضتين ، وكما تجبر الكسور في القسامة " (٦) .

(١) الاختيار جـ ٣ ص ٢٧٣ .

(٢) الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٢٥ .

(٣) السراج الوهاج ص ٥٢٢ .

(٤) العدة شرح العمدة ص ٤٧٣ .

(٥) المحلى جـ ١١ ص ٢٣٧ ، نفاة الرجم ص ٢٣ .

(٦) نفاة الرجم ص ٢٣ .

لكن رأي الجمهور أقوى وأرجح ، أو بتعبير ابن كثير : ' أنه أخطأ في فهم الآية ، وخالف الجمهور في الحكم ... وذلك لأن الآية دلت على أن عليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، والألف واللام في المحصنات للعهد ، وهن المحصنات المذكورات في أول الآية : **﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَظْمِ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾** ^(١).

والمراد بهن الحرائر فقط من غير تعرض للتزويج بحرة وقوله **﴿فَمَالِيهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾** ^(٢).

يدل على أن المراد من العذاب الذي يمكن تبغيضه ، وهو الجلد لا الرجم والله أعلم ^(٣).

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٣) تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٤٧٧ ، نفاة الرجم للدكتور/ إسماعيل سالم رحمه الله ص ٢٣ ، وراجع المغني جـ ٩

" ٢ - البينة : أربعة رجال عدول ولا تقبل شهادة النساء "

قال أبو عمر : " فأجمع العلماء أن البينة في الزنى أربعة شهداء رجال عدول يشهدون بالصريح من الزنى لا بالكناية ، وبالرؤية كذلك والمعينة ، ولا يجوز عند الجميع في ذلك شهادة النساء " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر لما روى عن عطاء ، وحماد بن أبي سليمان أنهما كانا يقبلان فيه شهادة ثلاثة رجال ، وامرأتين " .

قال في المغني : " أن يكونوا - أي الشهداء - رجالاً كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ، ولا نعلم فيه خلافاً إلا شيئاً يروى عن عطاء وحماد أنه كان يقبل فيه ثلاثة رجال ، وامرأتان " (٢) .

ولا أعلم لهما حجة إلا أن يقال أنهما قاسا ذلك على الشهادة في الأموال المذكور ، في سورة البقرة : ﴿ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (٣) .

(١) وهذا لا يصح ، لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكورين ، ويقتضي أن يكتفي فيه بأربعة .

(٢) ولأن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفي بهم ، وإن أقل ما يجزي خمسة ، وهذا خلاف النص كما يقول ابن قدامة (٤) .

(٣) ولأن في شهادتهما شبهة لتطرق الضلال إليهن قال تعالى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ (٥) ، والحدود تدراً بالشبهات .

(١) الاستذكار جـ ٢٤ ص ، ص ٦٣ .

(٢) المغني جـ ٩ ص ٦٤ " هو أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان الأشعري ثم العكلي الكوفي مفتي الكوفة وشيخ أبي حنيفة ، والمنظور إليه في الفقه بالكوفة بعد موت إبراهيم النخعي ت ١٢٠ هـ انظر مناقب الإمام الأعظم للموفق جـ ١ ص ٥٣ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٤) المغني جـ ٩ ص ٦٤ ، ٦٥ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٤) أن اشتراط الذكورية هو رأي الجمهور :

(١) الأحناف :

" ويثبت بالبينة والإقرار لأنهما حجج الشرع ، وبهما تثبت الأحكام ، وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلَدُوهُمْ ﴾ ^(١) .

" دليل على أن الزنى الذي رموه به يثبت إذا أتوا بأربعة شهداء حتى يسقط عنهم حد القذف " ^(٢) .

(٢) وعند المالكية :

" وأما الشهادة بأربعة رجال عدول يشهدون مجتمعين لا تراخي بين أوقات إقامتهم الشهادة على معاينة الزنى كالمرود في المكحلة " ^(٣) .

(٣) عند الشافعية :

يثبت الزنى بشهادة أربعة من الرجال ، لكن لا يشترط لدرء الحد والشهادة بعذرتها الذكورية ، بل يكفي أربع نسوة ، أو رجلان ، أو رجل وامرأتان ، قال في مغني المحتاج : " ولو شهد أربعة من الرجال بزناها ، وأربع نسوة ، أو رجلان ، أو رجل ، وامرأتان أنها عذراء لم تحد هي لشبهة بقاء العذرة " ^(٤) ، وقال : " ولو شهد دون أربعة من الرجال بزنا جدوا في الأظهر " ^(٥) .

(٤) الحنابلة :

قال في المغني : " الشرط الثاني : أن يكونوا رجالاً كلهم ، ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال " .

(١) سورة النور : الآية ٤ .

(٢) الاختيار جـ ٣ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، وراجع تفصيلاً أكثر أحكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ٤١٣ وما بعده .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٦٤

(٤) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٥ ، السراج الوهاج ص ٥٢٣ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٦ .

(٥) وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " واتفقوا على قبول أربعة رجال فيما أوجب القتل بقود أو غير ، وفي الزنا ، وفعل قوم لوط " (١) .

❁ لذا يرى الباحث أن رأي الجمهور أولى بالصواب احتياطياً للفروج ودرءاً للحد بشبهة وجود امرأة معهم لعلها نسيت ، أو التبس الأمر عليها ، والله أعلم .

(١) مراتب الإجماع ص ٥٣ ، ١٣٠ ، وراجع المحلى ج ١١ ص ٢٥٩ .

" ٣ - القذف بنفي النسب "

القذف لغة هو الرمي بالحجارة ونحوها ، ثم استعمل في الرمي بالمكارة لعلاقة المشابهة بين الحجارة والمكارة في تأثير الرمي بكل منهما ، وأن في كل منهما أذى ، فالقذف إذابة بالقول ويسمى فريسة كأنه من الافتراء والكذب^(١) .

وأما في الاصطلاح الشرعي : فهو نسبة آدمى غيره لزنى ، أو قطع نسب مسلم ، أو هو رمى مكلف ، ولو كافراً حراً مسلماً بنفي نسب عن أب أو جد أو بزنى إن كلف وعف عنه ذا آلة أو أطاقت الوطاء وهو تعريف المالكية^(٢) .

وعرفه ابن جزى تعريفاً موجزاً : " الرمي بوطء حرام من قبل ، أو دبر ، أو نفي من النسب للأب بخلاف النفي للأُم أو تعريض بذلك "^(٣) .

قال أبو عمر : " لا خلاف بين السلف والخلف من العلماء فمن نفى رجلاً عن أبيه أي قال له : لست لأبيك ، وكانت أمه حرة مسلمة عفيفة ، أن عليه الحد ثمانين جلده إن كان حراً "^(٤) . وهو محرم بإجماع الأمة "^(٥) .

وقد حكى الإمام ابن حزم فيها خلافاً قال : اختلف الناس فيمن نفى آخر عنه نسبه فقالت طائفة : فيه الحد ، وقالت طائفة : لا حد فيه ثم أخذ في ذكر الآثار عمن أوجب الحد

ثم قال : وأما من روى عنه أنه لا حد في ذلك معاذ بن جبل ، وعبدالله بن عمرو بن العاص قالاً جميعاً : ليس الحد إلا في الكلمة ليس لها مصرف ، وليس لها إلا وجه واحد .

١

(١) المغني ج٩ ص ٧٦ ، المغني المحتاج ج٧ ص ١٥٥ ، حاشية الدسوقي ج٤ ص ٣٢٤ .

(٢) الشرح الصغير ج٤ ص ١٢٧ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٦٤ .

(٤) الاستذكار ج٢٤ ص ١٣٠ .

(٥) المغني ج٩ ص ٧٦ .

وعن علي بن أي طالب قال : " إذا بلغ الحد لعل وعسى فالحد معطل " ، وروى عن ابن عباس رضي الله عنه : " فيمن قال لرجل : يا نبطي أنه لا حد عليه ، وعن عطاء بن أبي رباح أنه سئل عن رجل قال لرجل يا نبطي ويا عبد فلان ، فلم ير عطاء فيه شيئاً و عن الشعبي أنه سئل عن رجل قال لعمرى يا نبطي فلم ير الشعبي في ذلك شيئاً وقال : كلنا نبط ، وبه يقول أصحابنا " (١) .

وقد اعتنق ابن حزم نفسه هذا المذهب واستدل على مذهبهم بالإضافة إلى الآثار السابقة عن الصحابة والتابعين لعموم الآيات والأحاديث التي تحرم دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم (٢) .

ثم ردّ على الجمهور القائلين بأن نفي النسب قذف يوجب الحد : "إن قالوا النافي قاذف قلنا لا ما هو قاذف ، ولا قذف أحداً وقد ينفيه عن نسبه بأنه استلحق ، وأنه من غيرهم ابن نكاح صحيح فقد كانت العرب تفعل هذا فلا قذف هنا أصلاً ، وقد يكون نفيه له بأن أرد الاستكراه لأمه ، وأنها حملت به في حالة لا يكون للزنى فيه دخول ، كالنائمة توطأ ، أو السكرى أو المغمي عليها ، أو الجاهلة فقد بطل أن يكون النافي قاذفاً جملة واحدة " (٣) .

وبهذا يتضح لنا أن ابن حزم أيضاً لا يرى نفي النسب قذفاً قد بطل أن يكون النافي قاذفاً جملة واحدة (٤) .

أما جمهور الفقهاء فعلى ما قاله ابن عبد البر بأن القذف إما الرمي بالزنى أو نفي النسب .

(١) الأحناف :

يقول الكاساني فيما يوجب حد القذف : " أن يكون القذف بصريح الزنى ، وما يجري مجرى الصريح ، وهو نفي النسب " (٥) .

(١) المغلى جـ ١١ ص ٢٦٦ . ٢٦٧ .

(٢) المغلى جـ ١١ ص ٢١٩ .

(٣) المغلى جـ ١١ ص ٢٦٧ .

(٤) السابق نفس الموضع .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٨٠ .

(٢) يقول ابن جزي في تعريف القذف :

" الرمي بوطء حرام في قُبُل ، أو دُبُر أو نفى النسب للأب بخلاف النفي للأُم ، أو التعريض بذلك " (١) .

(٣) قال الشيرازي :

" و لا يجب الحد إلا بصريح القذف أو بالكناية مع النية فالصريح : مثل أن يقول له زني أو يازاني ، والكناية : كقوله يا فاجر يا خبيث ، يا حلال ابن الحلال فإن نوى به القذف وجب به الحد ، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح " (٢) .

(٤) قال ابن قدامة :

" وإذا نفى رجلاً عن أبيه فعليه الحد نص عليه أحمد ، وكذلك إن نفاه عن قبيلته " (٣) .

❁ واستدل الجمهور بما يلي :-

(١) ما رواه ابن ماجة في السنن من حديث الأشعث بن قيس قال : أتيت رسول الله ﷺ في وفد كندة ، و لا يروني إلا أفضلهم ، فقلت يا رسول الله أستم منا ؟ فقال : نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ، و لا ننتقئ من أبينا .

قال فكان الأشعث بن قيس يقول : " لا أوتى برجل نفى رجلاً من قريش من النضر بن كنانة إلا جلدته الحد " (٤) .

(٢) وذكر ابن قدامة عن ابن مسعود أنه قال لا جلد إلا في اثنتين رجل قذف محصنة ، أو نفى رجلاً عن أبيه ، وهذا لا يقوله إلا توقفاً .

(٣) أنه نفى الرجل عن أبيه لا يحتمل إلا معنى واحد وهو اتهام أمه بالزنا (٥) .

(١) القوانين الفقهية ص ٢٦٤ .

(٢) المهذب ج٢ ص ٢٧٤ ، مغني المحتاج ج٤ ص ١٥٥ وما بعدها .

(٣) المغني ج٩ ص ٨٢ .

(٤) سنن ابن ماجة ج٢ ص ٨٧١ كتاب الحدود باب من نفى رجلاً من قبيلته ، المغني ج٩ ص ٨٢ .

(٥) المغني ج٩ ص ٨٢ .

(٤) ويمكن الجمع بين الرأيين فنقول : " لا يقام الحد على نافي النسب إلا بالرجوع إلى نيته كالتعريض وبهذا لا تهمل بعض الآثار التي استدل بها الجمهور وهو قريب من رأي الشافعية " .

ويضاف إلى هذا ما قاله عبدالله بن عمرو ، ومعاذ بن جبل وعلي بن أبي طالب : " من التثبت عند إقامة هذا الحد وجدنا أن القول بالرجوع إلى النية المحاطة بالقرائن هو الذي يتوافق مع الآثار الواردة في حد القذف " .

وما استدل به ابن حزم من قول ابن عباس وعطاء : " مؤول على اعتبار البينة ، لأن من رمى العرب بأنه نبطي ربما لا يقصد نفي النسب ربما أراد الهيئة أو اللكنة في اللسان ، وإذا احتمل الحد لعل فالحد معطل كما قال علي بن أبي طالب ^(١) ، والله أعلم بالصواب .

(١) الخلى ج ١١ ص ٢٦٦ .

٤ - لا حد على من قذف

محدوداً أو محدودة بالزنى^(١) فيه

قال أبو عمر : " وأجمعوا أنه لا حد على من قذف محدوداً ، أو محدودة في الزنى إذا رماها بذلك الزنى ، ولكنه يعزر ، لأنه أذى المسلمة " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر لأن ابن أبي ليلى وبعض الظاهرية يوجبون الحد على قاذف المحدود .

قال الإمام ابن حزم بعد أن عرض الأراء فيمن قذف إنساناً ثبت عليه الزنى وحد فيه أو لم يحد ومنا من يقول إذا أقيم الحد جلد من قذفه ، ممن قال بجلده ابن أبي ليلى (٢) .

ولا أعلم حجة لهذا الرأي إلا أن يكونوا وقد تمسكوا بعموم الآية :
﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة** ﴾ (٣) .

وهذا لا يصح بدليل سقوط الحد عن رمى مسلماً بزنى ثم أتى بالشهود الذين يثبتون صدقه .

أما قول الجمهور فعلى ما قال ابن عبد البر من سقوط الحد عن رمى زانياً بزناه .

(١) الأحناف :

" من شروط الحد عندهم العفة للمقذوف ، لأن غير العفيف لا يلحقه العار ولأن حد القذف يجب جزاء على الكذب ، والقاذف لغير العفيف صادق " (٤) .

(١) الاستذكار ج ١٧ ص ٢٤٤ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٨٢ ، سبقت ترجمته .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) الاختيار لتعليل المختار ج ٣ ص ٢٨١ .

(٢) المالكية :

كذلك يشترطون عفة المقذوف قال : " وعف عنه أي الزنى قبل القذف ، وبعده وقف إقامة الحد على القاذف " (١) .

(٣) والشافعية :

ومن زنى مرة ثم صلح لم يعد محصن أبداً ولو لازم العدالة وصار من أورع خلق الله فلا يعد قاذفه سواء أقذفه بذلك الزنى أو بزنى بعده (٢) .

(٤) الحنابلة :

يقول ابن قدامة : " فأما إن ثبت زناه ببينة ، أو إقرار ، أو حد بالزنى فلا حد على قاذفه ، لأنه صادق ، وإن إحصان القذوف قد زال بالزنى (٣) .

(٥) وعند ابن حزم :

أنه لا يحد ولكن يؤدب ويعزر قال : " والذي نقول وبالله تعالى التوفيق إن الله تعالى قال : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (١) .

وقد ذكرنا فيما سلف قول رسول الله ﷺ " في الذي تزنى أمته فليجلدها ولا يترّب " ، فصح أن التريب على الزاني حرام ، وأن إشاعة الفاحشة حرام ولا يحل بلا خلاف أذي المسلم بغير ما أمر الله تعالى أن يؤذى به فصح من هذا أن من سب مسلماً بزنى كان منه أو بسرقة كانت منه أو معصية كانت منه ، وكان ذلك على سبيل الأذى لا على سبيل الوعظ والتذكير الجميل سرّاً لزمه الأدب ، لأنه منكر ، وهذا الذي اختاره ابن حزم أولى ، والله أعلم بالصواب (٥) .

(١) الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٢٧ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٧٢ ، بتصرف يسير .

(٣) المغني جـ ٩٨ ص ٨٦ .

(٤) سورة النور : الآية ١٩ .

(٥) المحلى جـ ١١ ص ٢٨٢ .

٥- ليس على من

قذف ذمية أو مملوكة حد

قال أبو عمر أثناء حديثه عن اللعان : " حجة من لم ير اللعان إلا بين الزوجين الحرين المسلمين البالغين قياساً على إجماعهم أنه ليس على من قذف ذمية أو مملوكة حد " (١) .

وقال أيضاً ولم يختلفوا أن من قذف مملوكة مسلمة ، أو كافرة أنه لا حد عليه للقذف وإن كان منهم من يرى التعزير للأذى ومنهم من يرى في ذلك الأدب " (٢) .

ورد الإحصان في القرآن الكريم لمعان عدة منها ذوات الأزواج؛ كقوله تعالى : ﴿ **والمحصنات من النساء** ﴾ (٣) .

ومنها الحرائر الأبقار كقوله ﷺ : ﴿ **ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكم المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم** ﴾ (٤) .

وقوله ﷺ : ﴿ **والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم** ﴾ (٥) .

ومن معاني الإحصان كذلك أصحاب العفة من الرجال والنساء كقوله ﷺ : ﴿ **محصنين غير مسافحين** ﴾ (٦) ، وقوله ﷺ : ﴿ **محصنات غير مسافحات** ﴾ (٧) .

(١) الاستذكار جـ ٧ ص ٢٤٤ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٤ ص ١٣١ .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) سورة المائدة : الآية ٥ .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) سورة النساء : الآية ٢٥ .

وقوله ﷺ : « **إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات
أعنوا في الدنيا والآخرة** »^(١) .

وهذه الآية الأخيرة هي التي تتحدث عن القذف وقد اشترط الفقهاء في
المقذوف شروطاً منها : العقل ، البلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن
الزنى^(٢) ، والمحصن في باب حد القذف يطلق على العفيف^(٣) .

وابن عبد البر في النص السابق ينقل الإجماع على سقوط حد
القذف ، وهو : « **ثمانين جلدة** »^(٤) ، وعن قذف ذميمة أو مملوكة ،
وفي هذا الإجماع نظر يقول ابن قدامة : " وشرائط الإحصان خمسة :
العقل ، والحرية ، والإسلام والعفة ، وأن يكون كبيراً يجمع مثله ، وبه
يقول جماعة العلماء قديماً وحديثاً سوى ما روى عن داود أنه أوجب
الحد على قاذف العبد ، وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى قالا : " إذا
قذف ذميمة ولها ولد مسلم يحد " ^(٥) .

ويقول ابن رشد : " والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في
المقذوف ، ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف " ^(٦) .

ونلاحظ أن ابن رشد عبر بالجمهور ولم يعبر بالإجماع ، أو
الاتفاق وهو مصطلح شائع على لسانه .

ويقول ابن حزم : " اختلف الناس فيمن قذف عبداً أو أمة بالزنى
فقال طائفة : لا حد عليه ، كما روى عن النخعي والشعبي أنهما قالا
لا يضرب قاذف أم ولد وقالت طائفة : " بإيجاب الحد في ذلك نا
حمام نا ابن مفرح نا ابن الأعرابي نا الدبري نا عبد الرزاق عن معمر
عن أيوب السختياني عن نافع مولى ابن عمر قال : إن أميراً من الأمراء

(١) سورة النور : الآية ٢٣ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ٣٩٤ وما بعدها ، فتح القدير جـ ٥ ص ٣١٦ ، والمهذب للشيرازي جـ ٢
ص ٢٧٢ ، المغني جـ ٩ ص ٧٦ ، ٧٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي جـ ٦ ص ٧٨ .

(٣) نقاة الرجم وفقه آية التنصيف لأستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم رحمه الله ص ١٢ .

(٤) سورة النور : الآية ٤ .

(٥) المغني جـ ٩ ص ٧٦ .

(٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤١ .

سأل ابن عمر عن رجل قذف أم ولد لرجل فقال ابن عمر : يضرب الحد صاغراً ، وعن الحسن البصري قال : الزوج يلا عن الأمة ، وإن قذفها وهي أمة جلد ؛ لأنها امرأته ، قال أبو محمد : وبهذا يقول أصحابنا ^(١) .

وحجة ابن حزم - ومن قال بقوله - الأثر السابق الذي رواه عن ابن عمر يقول عنه ابن حزم : " وهو من أصح إسناد يوجد في الحديث " ^(٢) .

وأما قولهم لا حرمة للعبد ، ولا للأمة فكلام سخييف والمؤمن له حرمة عظيمة ورب عبد جلف خير من خليفة قرشي عند الله تعالى : قال ﷺ : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ﴾ ^(٣) إلى قوله ﷺ : ﴿ إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ ﴾ ^(٤) والناس كلهم في الولادة أولاد آدم وأمرأته ثم تفاضل الناس بأخلاقهم وأديانهم لا بأعراقهم ولا بأبداًنهم " ^(٥) .

❁ والذي يراه الباحث هو وجوب حد القذف على من قذف عبداً مسلماً أو أمة مسلمة لأن الإسلام يرفع مكانة الناس ويجعلهم سواسية ، بجانب أن الإسلام حصن لمن يعتصم به - فلا أرى - سقوط الحد عن قاذف المسلم ، وإن كان عبداً أو أمة وذلك لعموم قوله ﷺ : " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشراكم عليكم حرام " فسوى العتق بين حرمة العرض من الحر والعبد نصاً ^(٦) .

وعلى كل فقضية العبيد أصبحت مسألة تاريخية وقضى الإسلام والحمد لله على الرق أما قاذف الذمي أو الذمية فأننا مع قول الجمهور بسقوط الحد عنه ، وللقاضي أن يفرض عليه عقوبة تعزيرة صيانة لهم

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٧٢ .

(٣) سورة الحجرات : الآية ١٣ .

(٤) سورة الحجرات : الآية ١٣ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٢٧٢ .

(٦) السابق نفس الموضع .

ودرة للفواحش أن تنتشر على السنة المسلمين ^(١) يضاف إلى هذا أن الإحصان في اللغة يطلق على الإسلام أيضاً ^(٢) .

✽ أما جمهور الفقهاء فعلى سقوط حد القذف عن قاذف الذميمة والمملوكة .

(١) يقول الكمال بن الهمام ت ٦٨١ هـ :

" والإحصان أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنى " ^(٣) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد : " والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف " ^(٤) .

(٣) يقول النووي في حد المقذوف :

" أي يكون محصناً والإحصان سبق في باب اللعان " ولما عدنا لباب اللعان وجدناه يقول ، والمحصن مكلف حرّ مسلم عفيف " ^(٥) .

(٤) يقول ابن قدامة :

" وشرائط الإحصان خمسة العقل والحرية والإسلام ، العفة عن الزنى وأن يكون كبيراً جامع مثله " ^(٦) .

(٥) وقد سبق ذكر رأي الظاهرية وحجتهم ، والله أعلم .

(١) انظر الاستذكار جـ ٢٤ ص ١٣١ .

(٢) انظر فتح القدير للشوكاني جـ ١ ص ٤٤٨ ط الحلبي ، انظر تفسير الطبري المجلد الرابع جـ ٥ ص ١٤ ط مصورة عن الطبعة الأميرية ١٣٢٤ هـ دار المعرفة بيروت ، انظر لفظة الرجم ص ٦٣ .

(٣) شرح فتح القدير على الهداية للكمال ابن الهمام جـ ٥ ص ٣١٩ ط دار الفكر .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤١ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٣ ص ٣٦٧ وما بعدها .

(٦) المغني جـ ٩ ص ٧٦ .

" ٦ - حد الخمر ثمانون جلدة "

قال أبو عمر : " الإجماع على حد الخمر ثمانين في عهد عمر وعلي ذلك جماعة التابعين " (١) .

وقال : انعقد إجماع الصحابة رضوان الله عليهم في زمن عمر على الثمانين في حد الخمر ، ولا مخالف لهم منهم (٢) .

وهذا الإجماع لا يصح ، لأنه لم يستقر في زمن الصحابة الاتفاق على الثمانين يقول ابن حزم : " وانفقوا أن الحد يكون مقدار ضربه في ذلك أربعين واختلفوا في إتمام الثمانين ، وانفقوا أنه لا يلزمه أكثر من ثمانين " (٣) .

وقال في موطن آخر : " ثم لا يستحيون من دعوى الإجماع على ما لم يصح قط عن عمر من أنه فرض في الخمر ثمانين حداً ، والخلاف فيه من عمر وممن بعد عمر أشهر من الشمس " (٤) .

وقال ابن تيمية : وقد ثبت عن النبي ﷺ : " أنه ضرب في الخمر بالجريد والنعال أربعين " ، وضرب أبو بكر ﷺ : " أربعين ، وضرب عمر في خلافته ثمانين " ، وكان على ﷺ يضرب مرة أربعين ومرة ثمانين فمن العلماء من يقول : يجب ضرب الثمانين ، ومنهم من يقول : الواجب أربعون والزيادة يفعلها الإمام عند الحاجة ، إذا أدمن الناس الخمر أو كان الشارب ممن لا يرتدع بدونها ، ونحو ذلك ، فأما مع قلة الشاربين وقرب أمر الشارب ، فتكفي الأربعون وهذا أوجه القولين ، وهو قول الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين (٥) .

(١) الاستذكار ج ٢٤ ص ٢٧٠ .

(٢) الاستذكار ج ٢٤ ص ٢٧٧ .

(٣) مراتب الإجماع ص ١٣٣ .

(٤) المغلى ج ٩ ص ٢١٨ .

(٥) السياسة الشرعية ص ١٢٥ .

ثم علل ابن تيمية - رحمه الله - فعل عمر في زيادة في التعزير: 'وقد كان عمر رضي الله عنه لما كثّر الشرب زاد فيه النفي وحلق الرأس مبالغة في الزجر عنه' ^(١).

فالمسألة إذن ليست محل إجماع لا في زمن الصحابة ولا فيما بعده ، بل ذلك قول الجمهور ، والعجيب أن ابن عبد البر كان يعلم هذه المخالفة ولا أعرف كيف عبر عنها بالإجماع حيث قال في الاستذكار: "قال أبو ثور وداود وأكثر أهل الظاهر : الحد في الخمر أربعون جلدة على الحر والعبد وهو أحد قولي الشافعي " بل هو الراجح عند الشافعية وهو اختيار الإمام النووي في المنهاج " ^(٢).

✽ أما آراء العلماء في ذلك فالأحناف على أنه ثمانون :

(١) يقول عبدالله بن محمود الموصلي

" وعدده ثمانون سوطاً في الحر ... وأربعون في العبد لأن الرق مُنصّف " ^(٣).

(٢) وقال الدردير :

" يجلد المسلم المكلف بشرب ما يسكر جنسه مختاراً بلا عذر ... ثمانين جلدة بعد صحوه " ^(٤).

(٣) يقول النووي :

" وحد الحر أربعون ولو رأى الإمام بلوغه ثمانين جاز في الأصح " ^(٥).

(٤) قال في العدة :

"ومن شرب مسكراً قل ، أو كثّر مختاراً عالماً جلد الحد أربعين جلدة لأن علياً رضي الله عنه جلد الوليد بن عقبة في الخمر أربعين ، وقال جلد

(١) السياسة الشرعية ص ١٢٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٢٦٩ .

(٣) الاختيار جـ ٣ ص ٢٨٦ .

(٤) الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٤٥ .

(٥) السراج الوهاج ص ٥٣٤ .

النبي ﷺ أربعين ، وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة ، وهذا أحب إلي (١) .

(٥) يقول ابن حزم :

بعد أن ذكر أن الخمر محرمة : وأن الناس اختلفوا في حد شاربها فقالت طائفة ثمانين وقالت طائفة أربعين " ، ثم قال : "صح بما ذكرنا أن القول بجلد أربعين هو قول أبو بكر وعمر وعثمان وعلي والحسن بن علي وعبدالله بن جعفر بحضرة جميع الصحابة رضي الله عنهم وبه يقول الشافعي وأبو سليمان وأصحابهما وبه نأخذ (٢) .

" والراجح هو رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية لأن النبي ﷺ فعل الاثنتين والأربعين هو المتيقن وفعل النبي ﷺ أولى من فعل غيره ، ولا ينعقد الإجماع على شيء قد خالف فعل النبي ﷺ فيه أبو بكر وعلي ، فتحمل زيادة عمر على أنها تعزير ، ويجوز فعلها إذا رآه الإمام (٣) ، والله أعلم .

(١) العدة شرح العمدة ص ٤٧٩ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٦٥ .

(٣) راجع العدة بشرح العمدة ص ٤٧٩ ، السياسة الشرعية ص ١٣٤ ، المغني ج ٩ ص ١٣٧ .

٧- شرط

الحرز في حد السرقة

قال أبو عمر : " واتفق الفقهاء أنمة الفتوى بالأمصار وأتباعهم على مراعاة الحرز في ما سرقة السارق فقالوا ما سرقة السارق عن غير حرز فلا قطع عليه بلغ المقدار الذي يجب فيه القطع أم لم يبلغ" (١).

ويقول في التمهيد : " اختلف العلماء في السارق من غير حرز ، فأما فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والشام فإنهم اعتبروا جميعاً الحرز في وجوب القطع باتفاق منهم على ذلك " (٢) .

وقال في الاستذكار أيضاً : " ولم يختلف العلماء فيمن أخرج الشيء المسروق من حرزه ، سارقاً له ، وبلغ المقدار الذي تقطع فيه يده أن عليه القطع حرأ كان ، أو عبداً وذكرأ كان أو أنثى مسلماً كان ، أو ذمياً" (٣) .

يقول الدكتور/وهبة الزحيلي : " الأصل في اشتراك هذا الشرط المتفق عليه قوله العلية : " لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤييه الجرين ، فإذا آواه الجرين ، ففيه القطع ، وفي رواية فإذا آواه المراح أو الجرين " (٤).

والحرز لغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء ، وشرعاً : " ما نصب عادة لحفظ أموال الناس كالدار ، والحانوت ، والخيمة ، والشخص " (٥).

والحرز نوعان :

(١) حرز بنفسه ، وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بالإذن ، كالدار والحانوت والخيام ، والخزائن والصناديق .

(١) الاستذكار جـ ٢٤ ص ١٧٩ .

(٢) التمهيد جـ ١١ ص ٢٢١ .

(٣) التمهيد جـ ٢٤ ص ١٦٨ .

(٤) سبل السلام جـ ٤ ص ٢٣ ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٢٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٩ .

(٢) حرز بغيره وهو كل مكان غير معد للإحراز ، يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق والمفاوز (١) .

لكن شرط الحرز ليس مجتمعاً عليه يقول ابن قدامة عن الحرز : " الشرط الرابع : أن يسرق من حرز ويخرجه منه ؟ وهذا قول أكثر أهل العلم وهذا مذهب عطاء والشعبي ... والنووي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم إلا قولاً حكى عن عائشة ، والحسن ، والنخعي ، فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز ، وحكى عن داود أنه لا يعتبر الحرز ، لأن الآية لا تفصيل فيها (٢) .

نلاحظ هنا أن ابن قدامة في اشتراط الحرز عبر بأنه قول أكثر أهل العلم ولم يقل إجماعاً .

ويقول ابن حزم - رحمه الله - : " قالت طائفة لا قطع إلا فيما أخرج من حرزه ، وأما إن أخذه من غير حرزه ومضى به فلا قطع عليه... ثم قال : وقالت طائفة عليه القطع سواء من حرز سرق أو من غير حرز " (٣) .

وروي ذلك عن عائشة وعبدالله بن الزبير والنخعي قال : " ذكر عن إبراهيم النخعي قول الشعبي في السارق لا يقطع حتى يخرج بالمتاع فأنكره إبراهيم " (٤) .

ثم قال وبه يقول أبو سليمان وجميع أصحابنا ، فواضح من هذه النصوص أن الظاهرية والسيدة عائشة - رضي الله عنها - وغيرهم لا يشترطون الحرز في حد السرقة ، وإن كان اشتراط الحرز هو رأي الجمهور .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ج٦ ص ١٠٨ .

(٢) المغني ج٩ ص ٩٨ .

(٣) المحلى ج١١ ص ٣٢١ .

(٤) السابق نفس الموضع .

(١) فعند الأحناف :

" هي - أي السرقة - أخذ العاقل البالغ نصاباً محرراً ، أو ما قيمته نصاب ملكاً للغير لا شبهة فيه على وجه الخفية " (١) .

(٢) وعند المالكية :

" السرقة أخذ ملك نصاباً فأكثر من مال محترم لغيره بلا شبهة قويت خفية بإخراجه من حرز غير مأذون فيه وإن لم يخرج هو بقصد واحد " (٢) .

(٣) وعند الشافعية :

" شروط في المسروق منها " كونه مُحَرَّراً بملاحظة أو حصانة موضعه " (٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

" إذا أخذ الملتزم نصاباً من حرز مثله من مال معصوم لا شبهة له فيه " (٤) .

(٥) عند الظاهرية : " كما مر أنهم لا يشترطون الحرز " (٥) .

✽ ورأي الجمهور باشتراط الحرز هو الراجح وذلك :-

(١) لصحة الآثار في ذلك فقد روى الإمام مالك أن رسول الله ﷺ قال :
" لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل ، فإذا آواه المُراح أو
الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن " (٦) .

قال محمد ، وبهذا نأخذ ، من سرق تمرأ في رؤوس النخل أو
شاة في المرعى فلا قطع عليه (٧) .

(١) الاختيار جـ ٣ ص ٢٩٢ .

(٢) الشرح القدير للدردير جـ ٤ ص ١٣٠ .

(٣) السراج الوهاج ص ٥٢٧ .

(٤) الروض المربع للبهوتي ص ٤٩٣ .

(٥) المحلى جـ ١١ ص ٣٢١ ، ٣٢٢ ، وانظر في اعتداده برأي الظاهرية التمهيد جـ ١١ ص ٢٢١ .

(٦) الموطأ رواية محمد بن الحسن ص ٢١٦ باب من سرق تمرأ أو غير ذلك مما لم يحرز .

(٧) الموطأ نفس الموضع .

ويقول الشيخ/ أبو زهرة مبيناً خطورة السرقة من الحرز لذلك كانت عقوبة السرقة شديدة : " فإنه لا ينظر فيه إلى ذات الفعل ، وقيمة الشيء المسروق وإنما ينظر فيه إلى النتائج المترتبة على فشو السرقة في المجتمع والنتائج الخطيرة ، فإن حادثة واحدة في حي أو قرية تزعج كل الأمنيين. ، فيتجهون إلى الحراس يقيمونهم ، وإلى المغالِق يحكمونها ومع ذلك يبيتون ذعر مستمر ... إلخ^(١) ، والله أعلم .

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي العقوبة ص ٧٨ للشيخ/ محمد أبي زهرة .

٨- لا قطع على خائن

٨-ولا مختلس

قال أبو عمر أثناء عرضه لاشتراط الحرز في السرقة : " وفي إجماعهم على أن لا قطع على خائن ، ولا مختلس دليل على مراعاة الحرز " (١) .

وقال في الاستذكار : " أجمع أهل العلم على أن الخلسة لا قطع فيها ولا في الخيانة " (٢) .

وبينه وبين السارق فرق ، فالمختلس هو الذي يأخذ المال على حين غفلة من مالكه وغيره ، فلا يخلو من نوع تفريط يمكن به المختلس من اختلاسه ، وإلا فمع كمال التحفظ والتيقظ لا يمكنه ، فليس كالسارق بل هو بالخائن أشبه - وهو الذي يأخذ الأشياء وينكرها أو يظهر ما لا يظهره ، وأيضاً فالمختلس إنما يأخذ المال من غير حرز مثله غالباً ، فهو الذي يغافلك ويختلس متاعك في حال تخليك عنه وغفلك عن حفظه وهذا يمكن الاحتراز منه غالباً (٣) .

❦ وذكر ابن رشد خلافاً في الخلسة والخيانة :

" أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا إياس بن معاوية فإنه أوجب في الخلسة القطع " (٤) .

ويقول الشوكاني : " وقد ذهب إلى أنه لا يقطع المختلس والمنتهب والخائن العترة ، والشافعية والحنفية ، وذهب أحمد وإسحاق وزفر بن الهذيل إلى أنه يقطع لعدم اعتبارهم الحرز " (٥) .

(١) التمهيد جـ ١١ ص ٢٢١ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٢٣٦ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته د/وهبة الزحيلي جـ ٦ ص ٩٤ ، وانظر ليل الأوطار جـ ٧ ص ١٣١ ، سبل السلام جـ ٤ ص ٣٧ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، هو إياس بن معاوية بن قررة بن إياس بن هلال بن أمية المزلي أبو والدة البصري روى عنه أنس وسعيد بن جبير توفي ١٢٢ هـ ، ترجمته تهذيب التهذيب جـ ١ ص ٣٤١ .

(٥) ليل الأوطار جـ ٧ ص ١٣١ .

وذكر ابن حزم فيها خلافاً قال عن أشياء اختلفوا فيها : " ومن هذا أيضاً المختلس فإن الناس اختلفوا فيه فقالت طائفة لا قطع عليه ثم ذكر من روى عنه هذا وقالت طائفة : عليه القطع عن قباث بن رزين أنه سمع على بن رباح اللخمي يقول السنة أن تقطع اليد المستخفية ولا تقطع اليد المعلنة !! .

وعن عطاء بن أبي رباح أنه قال : تقطع يد السارق المستخفي المستتر ولا تقطع يد المختلس المعلن !!

ومن طريق أبي بكر بن أبي شعبة ثنا عبد الأعلى عن هشام عن عدي بن أرطاة رفع إليه رجل اختلس خلسة فقال إياس بن معاوية عليه القطع (١) .

وذكر ابن قدامة كذلك خلاف إياس قال : " فإن اختطف أو اختلس لم يكن سارقاً ، ولا قطع عليه عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية ، قال : أقطع المختلس ؛ لأنه يستخفي بأخذه فيكون سارقاً " (٢) .

وجمهور العلماء على ما حكاه ابن عبد البر من عدم قطع يد المختلس ، و لا الخائن .

(١) عند الأحناف :

" ولا قطع على خائن ، ولا نباش ، ولا منتهب ، ولا مختلس " (٣) .

(٢) وعند المالكية :

ذكر ابن جزي شروط القطع : " أن يأخذه على وجه السرقة وهي الأخذ الخفي لا على وجه الانتهاب ، والاختلاس ، وهو الاقتطاف من غير حرز " (٤) .

(٣) وعند الشافعية :

" ولا يقطع مختلس ، ومنتهب وجاحد وديعة " (٥) .

(١) المحلى جـ ١١ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

(٢) المغني جـ ٩ ص ٩٣ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ٢٩٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٠٩ .

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٦٦ ، راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٥ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧١ .

(٤) وعند الحنابلة :

" فإن اختطف أو اختلس لم يكن سارقاً ، ولا قطع عليه عند أحد علمناه " (١) .

(٥) وعند الظاهرية :

" يجب القطع عندهم في جميع السراق سواء اختلس ، أو لم يختلس سرق من حرز أو من غير حرز : " فقضى رسول الله ﷺ بقطع السارق جملة ، ولم يخص حرزاً من غير حرز " (٢) .

وذلك لأن المختلس يأخذ من غير حرز فوجب قطعه عندهم لعدم اشتراطه .

❦ والذي يراه الباحث أنه ليس على مختلس ولا خائن " هو الذي يأخذ المال خفية من مالكه مع إظهاره له النصيحة (٣) قطع وذلك لصحة الآثار الواردة في عدم قطعه ، عن جابر عن النبي ﷺ قال : " ليس على خائن ولا مختلس ولا منتهب قطع " (٤) .

وذكره الإمام الشوكاني عن جابر أيضاً بلفظ : " ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع " (٥) .

وفي الموطأ عن زيد بن ثابت ليس في الخلسة قطع " (٦) ، لذلك كله لا يجب في الخائن والمختلس قطع وإن كان الأمر متروكاً للقاضي ليرى فيه عقوبة تعزيرية نكالاً له ولغيره من انتهاك حرمة أموال المسلمين (٧) ، والله أعلم بالصواب .

(١) المغني جـ ٩ ص ٩٣ .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٣١ ، سبل السلام جـ ٤ ص ٤١ .

(٤) سنن أبي داود حديث ٢٤٣٩١ ، النظر سبل السلام جـ ٤ ص ٤٠ .

(٥) وقد صححه الترمذي النظر سنن الترمذي حديث ١٤٤٩ .

(٦) تنوير الحوالك جـ ٥ ص ١٧٧ .

(٧) النظر المحلى جـ ١١ ص ٣٢٣ ، ٣٣٤ .

ويمكن أن يخلق بهذه المسألة السارق من مال مضاربه ومن
الوديعة ، وجاحد العارية ، فهم وإن لم يكونوا سراق فهم خونة .

وقد ذكر ابن عبد البر الإجماع على عدم قطع يد المضارب إذا
سرق من مضاربه قال : " وأجمع العلماء أنه لا قطع على المضارب من
مال مضاربه ، وكذلك المودع عنده الوديعة ^(١) .

(١) الاستذكار ج٢ ص ٢٤١ ، ١٨١ ، التمهيد ج١ ص ٢٢١ .

" ١٠ - قطع يد السارق اليمنى "

قال أبو عمر : " اختلف العلماء من السلف ، والخلف فيما يقطع من السارق إذا قطعت يده اليمنى بسرقة يسرقها ، ثم عاد فسرق أخرى بعد إجماعهم أن اليد اليمنى هي التي تقطع منه أولاً ^(١) .

جعل الله ﷻ عقوبة السرقة - بشروطها - قطع يد الجاني الذي يروّع الأمنين ويسلب حقوقهم ويؤرق نومهم فقال ﷻ : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾ ^(٢) .

ويتفق علماء المذاهب الأربعة على ذلك لكن الإمام ابن حزم لم يحدد يميناً من يسار بل أجرى النصوص على عمومها وظاهرها كعادته يقول : " فوجب من هذا إذا سرق الرجل أو المرأة أن يقطع من كل واحد منهما يداً واحدة ، فإن سرق أحدهما ثانية قطعت يده الثانية بالنص من القرآن والسنة فإن سرق في الثالثة عذر وثقف ومنع الناس ضرره حتى يصلح حاله وبالله تعالى التوفيق ^(٣) .

فهنا لم يصرح أي اليدين لكن في هامش ٣٥٨ من المحلى ذكر الشيخ/أحمد شاكر - رحمه الله - محقق المحلى أنه وجد في هامش نسخة خطية من نسخ المحلى ما نصه : " وأما أي اليدين تقطع ، فإن عبدالله بن ربيع ثنا قال ثنا ابن مفرج ثنا قاسم بن أصبغ ثنا ابن وضاح ثنا سحنون ثنا ابن وهب عن مخرمة بن بكير بن الأشج عن أبيه عن نافع مولى ابن عمر قال : سرق سارق بالعراق في زمان على بن أبي طالب ، فقدم ليقطع يده ، فقدم السارق يده اليسرى ، ولم يشعروا فقطعت فأخبر على ابن أبي طالب خبره فتركه ، ولم يقطع يده الأخرى وبهذا يقول مالك ، وأبو حنيفة ، وقال بعض أصحابنا على متولى القطع دية

(١) الاستذكار ج ٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ ، وراجع موسوعة الإجماع ج ١ ص ٣٤٨ .

اليَد، وقال قائلون تقطع اليمنى ، واحتجوا في ذلك بقراءة ابن مسعود :
﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيماهما﴾ ^(١) ، والقراءة غير
صحيحة وادعوا إجماعاً وهو باطل يردده قطعُ على الشمال عن اليمين ،
واكتفاؤه بذلك فلو وجب قطع اليمين لما أجزأ عن ذلك الشمال كما لا
يجزئ الاستتجاء باليمين ولا الأكل بالشمال ولا نص إلا وجوب قطع
اليَد أو الأيدى في الكتاب والسنة إلا أننا نستحب قطع اليمين للأثر عنه
العلية أنه كان يحب التيامن في شأنه كله ^(٢) . أ.هـ .

فابن حزم أجاز قطع الشمال مكان اليمين لعموم الآثار ، لما ورد
عن على بن أبي طالب كما سبق ، لكنه استحب قطع اليمنى ، وبهذا
يقترب رأيه من رأي الجمهور الذين أوجبوا القطع في اليمين لا غير .

(١) عند الأحناف :

" وتقطع يمين السارق من الزند وتحسم " ^(٣) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد : " أما محل القطع فهو اليَد اليمنى باتفاق من
الكوع " ^(٤) .

(٣) وعند الشافعية :

يقول النووي : " وتقطع يمينه فإن سرق ثانياً بعد قطعها ، فرجله
اليسرى " ^(٥) .

(٤) يقول الخرقي :

" وابتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف، ويحسم " ^(٦) .

(١) يقصد سورة المائدة آية : ٣٨ ، هذا مع اعتبار أن الباحث مع الرأي القائل بأن القراءة الشاذة ليست قرآناً
بل هي تفسير .

(٢) المحلى ج١١ ص ٣٥١ ، المغني ج٩ ص ١٠٨ .

(٣) الاختيار ج٣ ص ٣٠١ .

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥٢ .

(٥) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج٤ ص ١٧٩ .

(٦) المغني ج٩ ص ١٠٥ .

واستدل الجمهور بعمل الصحابة ، يقول الجصاص : روى أبو خالد الأحمر عن حجاج عن سماك عن بعض أصحابه أن عمر استشارهم في السارق فأجمعوا على أنه تقطع يده اليمنى فإن عاد ، فرجله اليسرى ثم لا يقطع أكثر من ذلك ، وهذا يقتضى أن يكون ذلك إجماعاً لا يسع خلافه^(١).

ويستدل ابن قدامة بدليل عقلي : " لأن البطش بها أقوى ، فكانت البداية بها أردع ، ولأنها آلة السرقة فناسب عقوبتها باعدام آلتها - والجزاء من جنس العمل - (٢) .

واستدلوا أيضاً بقراءة ابن مسعود : ﴿ فاقطعوا أيماهما ﴾^(٣) ، وهي وإن كانت شاذة وإلا فهي تفسير ، وبما روى من إجماع سكوتي عن الصحابة ، فقد روى عن أبي بكر الصديق ، وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا : " إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع " ولا مخالف لهما من الصحابة^(٤).

أما استدلال ابن حزم بالأثر عن علي بأنه قطع اليسرى يمكن من السارق فهي ليست محل النزاع فإذا قطع الجذاذ اليسرى سهواً ، أو غافله السارق فمحل النزاع هل تجزئ اليسرى عن اليمنى أم لا ؟ ولا يستدل بها أبداً على جواز قطع اليسرى .

✽ لذا يرى الباحث أن رأي الجمهور هو الراجح ، والله أعلم بالصواب .

(١) أحكام القرآن ج ٥٨٢ : ٥٩٣ .

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٦ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٤) المغني ج ٩ ص ١٠٦ .

١١ - قطع اليد اليمنى ثم الرجل اليسرى

ثم اليد اليسرى ثم التعزير على هذا الترتيب

قال أبو عمر : " القطع في السرقة من مفصل الكوع لليد اليمنى ^(١) في أول سرقة وإن عاد قطعت رجله اليسرى ^(٢) من المفصل تحت الكعبيين ، وإن عاد قطعت يده اليسرى ^(٣) ثم إن عاد ضرب عشرة أسواط أو أقل حسب ما يراه الإمام وعلى هذا الترتيب مذهب جماعة فقهاء الأمصار أهل الفقه ، والأثر ، وهو عمل الصحابة والتابعين ^(١) .

وقال : " حصل اتفاق جمهور السلف ، والخلف على جواز قطع الرجل بعد اليد ثم قال : والجمهور لا يجوز عليه تحريف الكتاب ، ولا الخطأ في تأويله وإنما قالوا ذلك بالسنة المسنونة لهم والأمر المتبع ^(٢) .

يقول أبو بكر الجصاص (ت ٣٧٠ هـ) مصوراً الخلاف في ما يجب من قطع السارق بعد المرة الأولى : واختلف في قطع اليد اليسرى ، والرجل اليمنى ، فقال أبو بكر الصديق وعلى بن أبي طالب وعمر بن الخطاب حين رجع إلى قوله على لما استشاره وابن عباس : إذا سرق قطعت يد اليمنى ، فإن سرق بعد ذلك قطعت رجله اليسرى فإن سرق لم يقطع وحبس " وهو قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، وزفر ، ومحمد .

وروى عن عمر : أنه تقطع يده اليسرى بعد الرجل اليمنى فإن سرق قطعت رجله اليمنى فإن سرق حبس حتى يحدث توبة .

وقال مالك ، والشافعي ، تقطع اليد اليسرى بعد الرجل اليسرى والرجل اليمنى بعد ذلك ولا يقتل إن سرق بعد ذلك ، وروى سفيان عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن أبا بكر أراد أن يقطع الرجل بعد اليد والرجل ، فقال له عمر : السنة اليد .

(١) التمهيد ج ١٤ ص ٣٨٢ .

(٢) الاستدكار ج ٢٤ ص ١٥٣ .

وعن مكحول عن عمر قال : " لا تقطعوا يده بعد اليد والرجل ولكن احبسوه، عن المسلمين " .

وقال الزهري انتهى أبو بكر إلى اليد والرجل ، وروى أبو خالد الأحمر عن حجاج عن سماك عن بعض أصحابه : أن عمر استشارهم في السارق فأجمعوا على أنه تقطع يده اليمنى فإن عاد فرجله اليسرى ثم لا يقطع أكثر من ذلك " .

ثم عرض الجصاص لرأي الأحناف ، وأنه حصل اتفاق السلف على وجوب الاقتصار على اليد والرجل ^(١) .

ويصور ابن حزم الاختلاف في هذه المسألة يقول : " اختلف الناس فيما يقطع من السارق فقالت طائفة لا تقطع إلا اليد الواحدة فقط ، ثم لا يقطع من شئ وهو قول عطاء .

وقالت طائفة : تقطع اليد ، ثم الرجل الأخرى ، ثم لا يقطع منه شئ وهو مروي عن علي بن أبي طالب وعمر .

وقالت طائفة تقطع اليد ثم اليد ولا تقطع الرجل ، وهو مروي عن ربيعة ، وغيره وبه قال بعض أصحابنا .

وقالت طائفة تقطع يده ، ثم رجله من خلاف ثم رجله الثانية واختار ابن حزم قطع اليد دون تحديد يسرى من يمينى وإن كان قد استحب اليمينى في السرقة الأولى فإن سرق قطعت يده الأخرى فقط ولا يقطع أي عضو منه مهما سرق يقول : " فوجب من هذا إذا سرق الرجل أو المرأة أن يقطع من كل واحد منهما يداً واحدة ، فإن سرق أحدهما ثانية قطعت يده الثانية بالنص من القرآن والسنة ، فإن سرق في الثالثة عذر وثقف ، ومنع الناس ضرره حتى يصلح حاله ^(٢) .

فالمسألة محل خلاف كبير ، وبالرجوع إلى كتب المذاهب الفقهية وجدنا فيها خلافاً كما يلي :-

(١) أحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩٢ ، ٥٩٣ بتصرف .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٥٥ وما بعدها بتصرف .

(١) الأحناف :

" وتقطع يمين السارق من الزند ، وتحسم فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد لم يقطع ، ويحبس حتى يتوب " (١) .

(٢) المالكية :

" فتقطع يده اليمنى إلا لشلل ، أو نقص أكثر الأصابع ، فرجله اليسرى ، فيده ، فرجله ثم عُزِرَ وحبس " (٢) .

(٣) وعند الشافعية :

" وتقطع يمينه فإن سرق ثانياً بعد قطعها ، فرجله اليسرى ، وثالثاً يده اليسرى ، ورابعاً رجله اليمنى وبعد ذلك يعزر " (٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

" وابتداء قطع السارق من يده اليمنى من مفصل الكف ، ويحسم ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب وحسمت ، فإن عاد حبس ولا يقطع غير يد ورجل " (٤) .

ويرى الباحث أن رأى الأحناف والحنابلة أولى بالصواب ، وهو الاقتصار على اليد والرجل اليسرى فإن عاد عزر ، أو حبس ، ولا يزداد على ذلك .

وذلك لما وجد من شبه اتفاق من السلف على وجوب الاقتصار على اليد والرجل وما روى عنهم من مخالفة ذلك ، فإنما هو على وجهين كما يقول الجصاص :

(١) إما أن يكون الحكاية في قطع اليد بعد الرجل ، أو قطع الأربع من غير ذكر السرقة فلا دلالة فيه على القطع في السرقة .

(١) الاختيار جـ ٣ ص ٣٠١ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٩٢ .

(٢) الشرح الصغير للدردير جـ ٤ ص ١٣١ .

(٣) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

(٤) المغني جـ ٩ ص ١٠٥ ، ١٠٩ .

(٢) أو يكون مرجوعاً عنه كما روى عن عمر ثم روى الرجوع منه ،
ودليل آخر ، وهو اتفاق الأمة على قطع الرجل بعد اليد وفي ذلك دليل
على أن اليد اليسرى غير مقطوعة أصلاً (١) .

وكذلك احتج ابن قدامة لهذا القول بما ورد عن علي بن أبي
طالب أن أوتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه : ما
ترون في هذا قالوا قطعه يا أمير المؤمنين ، قال : قتلتَه إذا ، وما عليه
القتل ، بأي شيء يأكل الطعام بأي شيء يتوضأ للصلاة ، بأي شيء يغتسل
من جنابته ، بأي شيء يقوم على حاجته ؟ فرده إلى السجن أياماً ، ثم
أخرجه فاستشار أصحابه ، فقالوا مثل ما قالوا ورد عليهم رده الأول
فجلده جلدًا شديدًا ثم أرسله .

ثم قال : استدل بدليل عقلي بأنه لو جاز قطع اليدين لقطعت
اليسرى في المرة الثانية ، لأنها آلة البطش كاليمين ، وإنما لم تقطع
للمفسدة في قطعها ، لأن ذلك بمنزلة الإهلاك فإنه لا يمكنه أن يتوضأ ،
ولا يغتسل ، ولا يستتجي ، ولا يحترز من نجاسة ، ولا يزيلها عنه ،
ولا يدفع عن نفسه ، ولا يأكل ، ولا يبطش ، وهذه المفسدة حاصلة
بقطعها في المرة الثالثة (٢) .

ثم أخذ ابن قدامة في تنفيذ آراء القائلين بالقطع والرد عليها
وإبطالها (٣) ، والله أعلم بالصواب .

١

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٩٣ .

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٩ ، ١١٠ .

(٣) المغني ج ٩ ص ١١٠ ، راجع أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٩٣ وما بعدها .

" ١٢ - قطع يد الذمي إذا سرق "

قال أبو عمر : " ولم يختلف العلماء في من أخرج الشيء المسروق من حرزه ، سارقاً له ، وبلغ المقدار الذي تقطع فيه يده ، أن عليه القطع حرأ كان ، أو عبداً ، ذكراً كان أو أنثى ، مسلماً كان أو ذمياً " (١) .

الأصل في الشريعة الإسلامية أن يلتزم بأحكامها كل من يعيشون في دار الإسلام من مسلمين ، وغيرهم أو يدخلون بلادنا بأمان باستثناء التكاليف التعبدية كالصلاة ، أو الصيام ، والطلاق ، أو ما يعتقدون حله في شريعتهم كالخنزير مثلاً فلا يلتزمون بأحكامنا والحدود جزء أصيل من الشريعة يتعلق بصيانة الدماء ، والأعراض ، وحفظ العقول ، والأموال .

والحدود هي العقوبات المقدرة شرعاً وهي سبعة : " حد الزنى ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقه ، والحراية ، والردة ، البغي " ، هل تطبق على أهل الذمة كما تطبق على المسلمين حسب القاعدة : " لهم مالنا ، وعليهم ما علينا " .

أم لا تطبق أصلاً على غير المسلمين ؟ أم يطبق بعضها ويترك بعضها الأخرى ، لأنها خالص حق الله تعالى ، أو لأنها حل في دينهم ؟

وجمهور الفقهاء يرى تطبيق حدود الشريعة على غير المسلمين في ديارنا إلا ما كان متعلقاً بحق الله تعالى الخالص كحد الزنا ، أو كان مما يباح في دينهم كشرب الخمر على خلاف بينهم في ذلك .

وجديثنا هنا على تطبيق حد السرقة بالذات على أهل الذمة وقطع يده - طبعاً بالشروط التي اشترطها الفقهاء المسلمون - حيث حكى ابن عبد البر الإجماع ، وعدم الاختلاف في قطعه ، وفي هذا الإجماع نظر وذلك لعموم الروايات التي رويت عن ابن عباس ، ونسبتها صحيحة لابن عباس من عدم تطبيق الحدود على أهل الذمة (٢) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٨٦ .

(٢) النظر لمحمد بن عباس ومفرداته لأسعاده الدكتور / إسماعيل سالم رحمه الله ص ٣٦٧ ، وما بعدها وقد ذكر أنه روى عن علي بن أبي طالب مثلها لكن الإمام ابن حزم ولم يصح ذلك . النظر أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٦١٠ ، ٦١١ ط المكتبة التجارية .

وهذا الآثار لا يرى منها ابن عباس أنه لا حد على أهل الذمة والعبيد لا في السرقة ، ولا في شرب الخمر ، ولا في غيرها من الحدود روى عبدالرزاق الصنعاني عن ابن جريج قال : " أخبرني عمرو بن دينار عن مجاهد عن ابن عباس : " كان لا يرى على عبد ، ولا على أهل الذمة - اليهود والنصارى حداً " (١) .

وروى أيضاً عن سفيان الثوري عن عمرو بن دينار عن مجاهد عن ابن عباس ، وقد نص في الأثر الذي يلي الأثر السابق أنه لا حد على عبد ، ولا على معاهد (٢) .

أما علماء المذاهب الخمسة فعلى تطبيق حد السرقة على أهل الذمة .

(١) فعند الأحناف :

اتفقوا على قطع يد الذمي إذا سرق كالمسلم يقول الجصاص : "مذهب أصحابنا في عقود المعاملات ، والتجارات ، والحدود أهل الذمة والمسلمون فيه سواء " (٣) .

(٢) وعند المالكية :

" تقطع يد السارق المكلف سواء كان مسلماً ، أو كافراً حراً ، أو عبداً ذكراً ، أو أنثى " (٤) .

(٣) وعند الشافعية :

يقول النووي : " ويقطع مسلم وذمي بمال مسلم وذمي . يقول الشربيني : " أما قطع المسلم بمال المسلم فأجماع ، وأما قطعه بمال الذمي ، فعلى المشهور ، لأنه معصوم بذمته ، وقيل لا يقطع كما لا يقتل

(١) مصنف عبدالرزاق جـ ٧ ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ أثر رقم ١٣٦١٥ ، النظر مصنف ابن أبي شيبة جـ ٢ ص ١٣٠ ، المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) مصنف عبدالرزاق جـ ٧ ص ٣٩٧ أثر رقم ١٣٦١٧ وهو عند ابن جريج عن معمر عن أيوب عن مجاهد عن ابن عباس .

(٣) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٦١١ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٦٩ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٩٢ وما بعدها .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٣٢ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٤ ص ١٣٠ وما بعدها .

به ، وأما قطع الذمي بمال المسلم ، أو الذمي للترامه الأحكام سواء
رضى بحكمنا أم لا " (١) .

(٤) يقول ابن قدامة :

" ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ويقطع الذمي بسرقة
مالهما " (٢) .

(٥) وقد ذهب الظاهرية :

إلى تطبيق الحدود كلها بلا استثناء على أهل الذمة ، وانتقد ابن
حزم المخالفين لهذا الرأي ، ولم يصحح ما روى عن علي بن أبي طالب
في ذلك وقال عن رواية ابن عباس في الخلاف في ذلك : " وأما الرواية
عن ابن عباس فأبعد ، لأنه لا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ " (٣) .

وقد اعتمد الفقهاء الذين لم يوجبوا إقامة بعض الحدود - كالخمر
والزنى - على أهل الذمة على قوله ﷺ : ﴿ فَإِنْ جَاؤُكَ فَاكْهَمْ
بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ ، وَإِنْ تَعَرَّضَ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرَّوكَ شَيْئاً ، وَإِنْ
حَكَمْتُمْ فَاكْهَمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ﴾ (٤) ، لكنها في رأي ابن حزم
منسوخة ، وقد وجدت روايات عن ابن عباس نفسه ينص فيها على أنها
منسوخة قال الجصاص : " عن ابن عباس في قوله ﷺ : ﴿ فَإِنْ جَاؤُكَ
فَاكْهَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ ﴾ (٥) ، نسخها قوله ﷺ : ﴿ وَأَنْ
أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ (٦) (٧) .

والغريب أن دعوى النسخ هذه تدل على نقيض رأيه بعدم
وجوب الحد على أهل الذمة ؟ فربما كان رأياً له ثم رجع عنه .

(١) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ .

(٢) المغني ج ٩ ص ١١١ .

(٣) المغني ج ١١ ص ١٥٩ وما بعدها ، رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤٢ .

(٥) سورة المائدة : الآية ٤٢ .

(٦) سورة المائدة : الآية ٤٩ .

(٧) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٦٠٩ وما بعدها ، رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٧٤ .

إن الآية الأولى : تثبت التخيير بين الحكم والإعراض في حالة ترافع أهل الذمة إلينا .

والآية الثانية : توجب الحكم بينهم بما أنزل الله فهل بين الآيتين من التعارض ما لا يمكن دفعه حتى يتحقق النسخ ؟ .

ودعوى النسخ هذه دعوى عريضة كما يقول ابن العربي تحتاج إلى معرفة تواريخ نزول الآية ، وهو مجهول فلا تصح ^(١) .

قد يقال : " إنه توقيف من ابن عباس ، ويرد عليه بأنه قد يكون رأياً رآه ابن عباس : ويجوز أن يكون قد أخطأ ، وغلط في الذي ادعاه من التوقيف ولم يكن طريقه النسخ ، وإذا قال الصحابي ، أو التابعي كذا منسوخ بكذا فلا يقبل دون أن ينظر فيه ^(٢) .

وقد تردد الإمام الجصاص بين القول بالنسخ ، والقول بالإحكام ، مع ميله إلى إحكام الآية فقال : " ويحتمل أن يكون قوله **﴿فَإِنْ جَاءَكُمْ فَاحُكْمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾** ^(٣) ، قبل أن تعقد لهم الذمة ويدخلوا تحت أحكام الإسلام بالجزية ، فلما أمر الله بأخذ الجزية منهم وجرت عليهم أحكام الإسلام أمر بالحكم بينهم بما أنزل الله فيكون حكم الآيتين جميعاً ثابتاً بالتخير في أهل العهد الذين لا ذمة لهم ولم يجر عليهم أحكام المسلمين إذا هادنهم ، وإيجاب الحكم بما أنزل الله في أهل الذمة الذين يجرى عليهم أحكام المسلمين ، ثم روى عن ابن عباس أن آية المائدة : **﴿فَاحُكْمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾** ^(٤) ، إنما نزلت الدية في بني قريظة وبني النضير ، وقد قتل النبي ﷺ الأولى وأجلى الثانية ، ولم يكن لهم ذمة ، أي أن الآية محكمة لكنه بعد وصفه لهذا التأويل بأنه سائغ قال : " لولا ما روى عن السلف من نسخ التخيير بالآية الأخرى " ^(٥) .

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ٦٣٢ .

(٢) انظر أحكام القرآن إلكا المراسي ج ٢ ص ٧٥ ، ٧٦ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٢ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤٢ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٦٠٨ وما بعدها .

ولذلك رأيناه بعد ذلك يقبل رأي مذهبه في عدم وجوب الحكم عليهم في بيع الخمر ، والخنزير ، والرجم .

وجزم ابن العربي المالكي بالإحكام ، وارتضاه الكيا الهراسي الشافعي بعد ذكره لعدة احتمالات لرفع التعارض بين الآيتين ^(١) .

❦ والذي يراه الباحث هو رأي الجمهور القائل بوجوب الحدود كلها - بما فيها حد السرقة بشروطه المعروفة ، لقوله ﷻ : **﴿وَأَن أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾** ^(٢) .

وللقاعدة الفقية : **لهم ما لنا وعليهم ما علينا** ^(٣) وعموم سريان القانون الإسلامي على دار الإسلام كما يقول أستاذنا الدكتور/إسماعيل سالم - رحمه الله - ^(٤) ، والله أعلم .

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ ٢ ص ٦٣٢ ، أحكام القرآن للکيا الهراسي جـ ٢ ص ٧٧ ، رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٧٦ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٤٩ .

(٣) رخص ابن عباس ص ٢٧٨ .

(٤) السابق نفسه .

" ١٣ - قطع يد العبد إذا سرق "

قال أبو عمر : " ولم يختلف العلماء فيمن أخرج الشيء المسروق من حرزه ، سارقاً له ، وبلغ المقدار الذي تقطع فيه يده ، أن عليه القطع حراً كان أو عبداً " (١) .

وقد حكى الإمام ابن قدامة فيه خلافاً ، يقول : " فأما العبد والأمة فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة إلا ما حكى عن ابن عباس أنه قال : " لا قطع عليهما ، لأنه حد لا يمكن تنصيفه ، فلم يجب في حقهما كالرجم ، ولأنه حد فلا يتساوى العبد فيه بالحرة كسائر الحدود فهذا اعتبر المسألة خلافية لذا عبر الجمهور (٢) .

هذا وقد وردت روايات عن ابن عباس رضي الله عنه : " يرى فيها أنه لا حد على أهل الذمة والعبد لا في السرقة ولا في غيرها من الحدود فقد روى عبدالرزاق عن ابن جريح قال أخبرني عمرو بن دينار عن مجاهد عن ابن عباس كان لا يرى على عبد ولا على أهل الذمة - اليهود والنصارى - حداً (٣) .

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن عمرو بن دينار عن مجاهد عن ابن عباس مثله (٤) ، ثم نص في الأثر الذي يليه أنه لا حد على عبد ولا على معاهد (٥) .

وقد جاء النص النبوي بوجوب الحدود على العبيد يقول ﷺ : " أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحسن ولم يحسن " (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٤ ص ١٩٨ .

(٢) المغني جـ ٩ ص ١١١ .

(٣) مصنف عبدالرزاق جـ ٣ ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، أثر رقم ١٣٦١٥ ، مصنف ابن أبي شيبة جـ ٢ ص ١٢٠ .
المحلى جـ ١١ ص ١٥٩ .

(٤) المصنف جـ ٧ ص ٣٩٧ أثر ١٣٦١٦ .

(٥) المصنف جـ ٧ ص ٣٩٧ أثر ١٣٦٤٧ وهو عن ابن جريح عن محمد عن أيوب عن مجاهد ابن عباس وقد ذكر فيها الخلاف سعدي أبو حبيب في موسوعة الإجماع جـ ١ ص ٣٥٠ .

(٦) رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن علي بن أبي طالب .

ونلاحظ أن ابن عباس كان له فهم خاص لآية التصيف : ﴿ فَإِذَا أَحْصَىٰ
فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِمْ نَصْفٌ مَّا عَلَى الْمَحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ ^(١) .

وقد وردت آثار يقول فيها بإقامة الحدود فيما يتتصف كحد
القذف وحد الخمر ، ولم يخالف فيه ابن عباس جمهور العلماء أما ما لا
يتتصف كالرجم وقطع اليد في السرقة فقد خالف فيه جمهور الأمة
وحجته آية التصيف السابقة ^(٢) .

أما جمهور الفقهاء فعلى القول بإقامة الحدود على العبيد بما فيها
حد السرقة .

(١) فعند الأحناف :

" والعبد والحر في القطع سواء " ^(٣) .

(٢) وعند المالكية :

" تقطع يد السارق المكلف سواء كان مسلماً ، أو كافراً ، أو عبداً
ذكراً أو أنثى " ^(٤) .

(٣) وعند الشافعية :

" تقطع يد العبد إذا سرق " ^(٥) .

(٤) وعند الحنابلة :

" يقول ابن قدامة : فأما العبد ، والأمة فإن جمهور الفقهاء ،
وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة إلا ما حكى عن ابن
عباس أنه قال : لا قطع عليهما " ^(٦) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) انظر رخص ابن عباس ص ٣٦٠ ، ٣٦١ .

(٣) الهداية وشرحها فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ٣٦٠ ، الاختيار ج ٣ ص ٢٩٢ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٢ ، الشرح الصغير للدردير ج ٤ ص ١٣٠ وما بعدها .

(٥) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٤ وما بعدها .

(٦) المغني ج ٩ ص ١١١ .

(٥) وعند الظاهرية :

" يوجبون قطع يد العبد السارق ، وقطع عمر يد غلام سرق " (١).

❁ واستدل الجمهور بما يلي :-

(١) عموم قوله ﷺ : ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** ﴾ (٢) ، والنص لم يفصل بين الحر والعبد ، والحررة والأمة .

(٢) أنه قد رويت آثار تثبت القطع من ذلك ما رواه عبد الرزاق بسنده إلى يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب " أن غلمة لأبيه عبد الرحمن بن حاطب سرقوا بعيراً فانتحروه فوجد عندهم جلده ورأسه فرفع أمرهم إلى عمر بن الخطاب فأمر بقطعهم ، فمكثوا ساعة ، وما نرى إلا أنه قد فرغ من قطعهم ثم قال عمر : عليّ بهم ، ثم قال لعبد الرحمن ، والله إنى لأراك تستعملهم ثم تجيعهم وتسيء إليهم حتى لو وجدوا ما حرم الله عليهم لحل لهم ، ثم قال لصاحب البعير ، كم تعطي لبعيرك ، قال " أربع مائة ، قال لعبد الرحمن : قم فاغرم لهم ثمان مائة " (٣) ، وروى أيضاً بسنده إلى نافع أن ابن عمر قطع يد غلام له سرق (٤) .

وعن عبد الله بن عامر أن أبا بكر قطع يد عبد سرق (٥) ، وقد عقب ابن قدامة على بعض هذه الروايات وانتقد قول ابن عباس وموافقيه فقال : " وهذه قصص تنتشر ولم تتكرر فتكون إجماعاً وقولهم : لا يمكن تنصيفه ، قلنا ، ولا يمكن تعطيله ، فيجب تكميله وقياسهم نقلبه عليهم ، فنقول : حد لا يتعطل في حق العبد والأمة كسائر الحدود ، وفارق الرجم فإن الزاني لا يتعطل بتعطيله بخلاف القطع فإن حد السرقة يتعطل بتعطيله (٦) .

(١) المغلى جـ ١١ ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٣٨

(٣) المصنف جـ ١٠ ص ٢٣٩ أثر ١٨٩٧٨ ..

(٤) المصنف جـ ١٠ أثر ١٨٩٧٩ .

(٥) المصدر السابق جـ ١٠ أثر ١٨٩٨١ .

(٦) المغني جـ ٩ ص ١١١ ، ١١٢ .

مع ملاحظة أن القاعدة العامة في عقوبة العبيد والإماء أنها على النصف من عقوبة الأحرار ؛ لأن : " الرق منقص للنعمة " فيكون منقصاً للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ " .

وإذا كان هذا كلام المرغيناني عند الحديث عن حكم زنى العبد فإن الكمال بن الهمام يقول في حديثه عن حكم سرقة العبد : " والرق منصف ، فما أمكن فيه التصنيف تُنصف عليه ، وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل ضرورة ، وإلا أهدر السبب في حقه ، بخلاف الزنى فإن له حدين الجلد والرجم ، فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الأحرار بقوله **رَجُلٌ** : **﴿ فَعَلَيْهِمْ نَصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾** ^(١) ، ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداءً بحيث لم يتناول الأرقاء " ^(٢) .

وحديث الفقهاء السابق عن التصنيف في عقوبة الأرقاء يشعرونا بأن استدلالهم بعمومية حكم القطع الوارد في الآية غير قوي فهم يعللون عدم التصنيف بعدم الإمكان ، ولا يمكن تعطيل الحد ، فوجب تكميله كما سبق في كلام ابن قدامة وغيره .

وحقاً لا يمكن تعطيل الحد ، ولكننا نتساءل : " أليس في تكميل عقوبة القطع تجاوز ، وظلم للعبد الجاني ؟ بلى " .

وحدود الله يجب أن تقام كما أمر الله بلا زيادة ، أو نقصان . وقد جاء في الحديث " ويؤتي بمن زاد سوطاً فيقال له : لم فعلت ذلك ؟ فيقول : لينتهوا عن معاصيك فيقول : أنت أحكم بهم مني ؟ فيؤمر به إلى النار ! " ^(٣) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) الهداية مع شرح فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٣ ، ٣٦٠ .

(٣) النظر تفسير مفاتيح الغيب ج ٢٣ ص ١٤٨ ، ١٤٩ ط دار إحياء التراث العربي ، والكشاف للزمخشري ج ٣ ص ٤٧ ط دار الكتب .

ونسأل أيضاً أليس في الحديث النبوي ما يخصص عقوبة الأحرار لتكون على النصف بالنسبة للأرقاء لتستقيم قاعدة العقوبة للأرقاء ؟ بلى .

وقد وجد فإن ابن حزم روى بسنده إلى ابن عباس وعلى عن النبي ﷺ قال : " إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، وأقيم عليه الحد بحساب مع عتق منه " .

وفي رواية أخرى بسنده كذلك إلى ابن عباس وعلى كلاهما عن النبي ﷺ قال : " المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى ، ويقام عليه الحد بقدر ما عتق منه ويرث بقدر ما عتق منه " (١) .

✽ ونسأل أخيراً : ألا يمكن تصنيف قطع اليد حقاً ؟

✽ والإجابة بالإيجاب :

خاصة في عصرنا الحاضر الذي تقدم فيه علم الطب والجراحة كما يقول أستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم - رحمه الله - (٢) .

ويجمع جمهور الفقهاء على أن اليد تقطع من الكوع المفصل ، قال الجصاص : " لا خلاف بين السلف في الصدر الأول وفقهها الأمصار أن تقطع من المفصل خالف فيه الخوارج ، وقطعوا من المنكب لوقوع الاسم عليه وهم شذوذ لا يعدون خلافاً (٣) .

وإذا كان ابن عباس لم ير القطع للعبد ، لأنه لا يمكن تصنيف القطع لليد من وجهة نظره ، فإن التصنيف في زمننا لليد أمر ممكن ، ولا إشكال فيه ، بل هذا ما رآه ابن حزم وذهب إليه ونسبه إلى علي بن أبي طالب يقول : " فإذا قد نص النبي ﷺ على أن حد العبد بخلاف حد الحر فهذا عموم لا ينبغي أن يخض منه شيء بغير نص ، ولا إجماع .

(١) الحديث الأول في سنن أبي داود كتاب الديات باب ٢٣ ، الحاكم ج٢ ص ٢١٨ ، البيهقي ج١٠ ص ٣٢٥ ، الحديث الثاني أخرجه النسائي في السنن في كتاب القسامة باب ٣٩ ، وقد علق ابن حزم على هذا الإسناد في غاية الصحة ، المحلى ج١١ ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٦٥ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٥٩٠ ، وما بعدها ، أحكام القرآن للكبيرة الهراسي ج٢ ص ٧٢ والمغني ج٩ ص ١١١ وما بعدها ، المحلى ج١١ ص ١٦١ وما بعدها .

فالواجب إن سرق العبد - أن تقطع أنامله فقط وهو نصف اليد فقط ، وإن سرق الحر قطعت يده من الكوع وهو المفصل ، وأما في المحاربة فتقطع يد الحر من المفصل ، ورجله من المفصل ، وتقطع من العبد أنامله من اليد ونصف قدمه من الساق كما روى عن علي بن أبي طالب عليه السلام نأخذ من قول كل قائل ما وافق النص ، ونترك ما لم يوافق به وبالله تعالى التوفيق ^(١) .

وعلق أستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم - رحمه الله - على كلام ابن حزم السابق : " وهو فقه جيد نأخذ به لموافقته للنصوص الشرعية ، وإمكان تصنيف القطع ، وعدم تكميل العقوبة فنتجاوز ما أمر الله به " ^(٢) .

أما الآثار التي استدل بها جمهور الفقهاء في قصة عبدالرحمن بن حاطب بن أبي بلتعة ، وأمر عمر بن الخطاب عليه السلام بقطع أيديهم فإنها لا تدل على مورد النزاع ، فإن ابن عباس لا ينزع في أنه يجب القطع على العبد السارق ، وإنما في إمكان التصنيف فلما لم يمكن التصنيف في رأيه سقط القطع ، ولا يتساوى العبد بالحر فتقطع يد العبد كيد الحر سواء بسواء ، وأيضاً فإنه قد جاء في بعض الروايات ما يؤكد أن القطع لم يتم قال عمر : " أما والله لو لا أني أظن أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو أن أحدهم يجد ما حرم الله عليه لأكله لقطعت أيديهم " ^(٣) .

وإذا كان الاستدلال من هذا الأثر : بلفظ " لقطعت أيديهم فاعله أراد اليد بالمعنى الشرعي في حق العبيد ، ثم إن فعل علي بن أبي طالب - كما روى ابن حزم معارض لهذه الآثار ، وفعله موافق للمنقول ، والمعقول ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(١) اُغْلِي ج ١١ ص ٣١٩ وما بعدها .

(٢) رخص ابن عباس ومفرداته ص ٣٦٦ .

(٣) المصنف لعبد الرزاق ج ١٠ ص ٢٣٨ أثر ١٨٩٧٧ ، اُغْلِي ج ١١ ص ١٦١ .

١٤- قطع يد العبد إذا سرق

من سيده أو سيده

قال أبو عمر : " أجمعوا على أن العبد لا يقطع في ما سرق من مال سيده وسيدته وكذلك الأمة لا قطع عليها فيما سرقت من مال سيدها وسيدتها مما يؤتمن عليه ومما لا يؤمنون عليه وقال أهل الظاهر : يقطع العبد إذا سرق من مال سيده الذي لم يأت منه عليه لظاهر الآية (١) .

وقال : " ثبت عن ابن مسعود أنه قال في عبد سرق من مال سيده مالك سرق بعضه بعضاً ومثله عن عمر - لم يريا القطع - ولا أعلم لعمر وابن مسعود مخالفاً من الصحابة ولا من التابعين بعدهم إلى ما ذكرنا من اتفاق العلماء أئمة الفتوى بالأمصار على ذلك (٢) .

وفي ادعاء هذا الإجماع نظر يقول ابن رشد : " واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك الحد مما لا يدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع ، وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً . وقال أهل الظاهر يقطع إلا أن يأت منه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه ، والشافعي مرة اشترط هذا ، ومرة لم يشترط " (٣) .

وحكى الإمام ابن قدامة خلافاً آخر لداود : " وأما العبد إذا سرق من مال سيده ، فلا قطع عليه في قولهم جميعاً ، وحكى عن داود أنه يقطع لعموم الآية (٤) .

(١) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٢٣٤ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٢١٨ ، مع ملاحظة أنه يحكى خلاف الظاهرية فهو يعتد بهم وبخلافهم ويحكى كثيراً مذهبهم لذلك اعتبرت هذه الدراسة أثناء المقارنة قول الظاهرية وخلافهم - إن وجد - في خرق إجماع ابن عبد البر كما سبق في المقدمة .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥١ .

(٤) المغني جـ ٩ ص ١١٦ وحكى خلاف داود ابن جرير الكلبي في القوابين الفقهية ص ٢٦٥ وبهذا يكون قد تمحل لنا خلاف عن أبي ثور وداود .

إذا ففي المسألة خلاف عن داود وأبي ثور بإيجاب القطع على العبد إذا سرق من مال سيده دون شروط ، وجمهور الفقهاء على قول ابن عبد البر .

(١) عند الأحناف :

" و لا يقطع عبد في سرقة مولاه مكاتباً كان العبد ، مدبراً " (١) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد : " فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع " (٢) .

ويقول ابن جزي في شروط القطع : " أن يكون السارق عبداً للمسروق منه فلا يقطع العبد إذا سرق مال سيده خلافاً لداود " (٣) .

(٣) وعند الشافعية :

" لا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ، ولا ما سرق الضيف من مكان مضيفه " (٤) .

(٤) قال الخرقى :

ومن لا يقطع في السرقة " ولا العبد فيما سرق من مال سيده " (٥) .

(٥) وعند الظاهرية :

" يقطع إلا أن يأتمنه سيده " (٦) .

✽ ورأي الجمهور أولى بالصواب لأن العبد في الأصل تابع لسيده أو هو نفسه بعض مال سيده ، وأيضاً للأثار الواردة بعدم قطع يد العبد إذا سرق مال سيده .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١١١ .

(٢) دباية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥١ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٦٥ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٨٠ ن مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٤ .

(٥) المغني جـ ٩ ص ١١٦ .

(٦) المحلى جـ ١١ ص ١٦٥ وما بعدها .

يقول ابن قدامة مستشهداً لرأي الجمهور : " ولنا ما روى السائب بن يزيد قال : شهدت عمر بن الخطاب وقد جاءه عبدالله بن عمرو بن الحضرومي بغيلام له ، فقال : " إن غلامي هذا سرق فاقطع يده فقال عمر : ما سرق ؟ قال : سرق مراة امرأتي ثمنها ستون درهماً ، فقال : أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ، ولكنه لو سرق من غيره قطع وفي لفظ قال : ما لكم سرق بعضه بعضه لا قطع عليه رواه سعيد .

وعن ابن مسعود أن رجلاً جاءه فقال : عبد لي سرق قباء لعبد آخر ، فقال : لا قطع ، مالك سرق مالك وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفها أحد فتكون إجماعاً وهذا يخص عموم الآية ، ولأن هذا إجماع من أهل العلم ، ولأنه قول من سمينا من الأئمة ، ولم يخالفهم في عصرهم أحد ، فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم كما لا يجوز ترك إجماع الصحابة بقول واحد من التابعين " (١) .

(١) المغني ج٩ ص ١١٦ ، وراجع بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥١ ، وما بعدها ، بدائع الصنائع ج٧ ص ١١١ ، وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ج٦ ص ١٠٠ وما بعدها .

١٥ - عدم اشتراط

إقامة الدعوى لقطع يد السارق

تظهر السرقة عند القاضي بالإقرار ، لأن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه بالإضرار بها ويكفي لوجوب القطع الإقرار مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد وجمهور العلماء .

وقال أبو يوسف والحنابلة : " لا يقطع إلا بالإقرار مرتين كما أن عدد الشهود اثنان " .

والذي يقر بسرقة عند الإمام سرقها من غائب الجمهور يقطعه وإن لم يحضر رب السرقة ، ويشترط أبو حنيفة ، ومحمد إقامة دعوى من المسروق منه فإذا أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصمه (١) .

لكن ابن عبد البر حكى قولاً وجعله إجماعاً يقول : " قد أجمعوا على أن السارق لو أقر بسرقة عند الإمام يجب في مثلها القطع من رجل غائب أنه يقطع وإن لم يحضر رب السرقة " (٢) .

وفي هذا الإجماع نظر لمخالفة أبي حنيفة ومحمد لهذا الشرط الأخير وهو قول الشافعية والحنابلة ١١ .

قال في الاختيار : " ولا بد من حضور المسروق منه عند الإقرار والشهادة والقطع حتى لا تقطع ما لم يصدقه " (٣) .

قال في البدائع : " قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : يشترط حتى لو أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر

(١) الاختيار ج ٣ ص ٢٩٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٦ ص ١٢٥ .

(٢) التمهيد ج ١١ ص ٢٢٥ .

(٣) الاختيار ج ٣ ص ٢٩٦ ، النظر المفني ج ٩ ص ١٢٢ .

المسروق منه ، ويخاصم عندهما ، وقول أبو يوسف الدعوى في الإقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه " (١) .

(١) وحجة أبي حنيفة ومحمد ومن وافقهم أن المسروق منه ربما يكذبه فيسقط الحد ، لأن حقه متعلق بالسرقه حتى لا يثبت بدون دعوى .

(٢) ولاحتمال أن يهبه المسروق ، أو يملكه ، فيسقط القطع فإذا حضر انتفى هذا الاحتمال (٢) .

(١) وعند المالكية :

تثبت السرقة بالإقرار المجرد : "وتثبت السرقة بالبينة كالإقرار بها طوعاً" (٣) .

(٢) وعند الشافعية :

في شروط الإقرار : " أن يكون بعد الدعوى عليه ، فإن أقر قبلها لم يثبت القطع في المال ، بل يوقف على حضور المالك ، وطالبه" (٤) .

(٣) وعند الحنابلة :

" ولا يقطع ، وإن اعترف ، أو قامت بينة حتى يأتي مالك المسروق يدعيه " (٥) .

(٤) وظاهر مذهب ابن حزم :

" أنه يقطع السارق المقر بالسرقة بمجرد الإقرار دون انتظار صاحب المال ، ودون إحضار المسروق نفسه " .

يقول : " وروينا عن أبي بكر بحضرة عمر ، وسائر الصحابة رضي الله عنهم أنه قطع الأقطع بإقرار مجرد دون إحضار السرقة " (٦) .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، انظر مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ .

(٢) الاختيار جـ ٣ ص ٢٩٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٣ .

(٣) التاج والإكليل للمواق المطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٣١٢ ، الشرح الصغير جـ ١ ص ١٣٧ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ .

(٥) المغني جـ ٩ ص ١٢٢ .

(٦) المحلى جـ ١١ ص ٣٤٠ .

ومعنى هذا أن الجمهور على خلاف قول ابن عبد البر قال ابن قدامة : " وقال أبو بكر : يقطع ، ولا يفتقر إلى دعوى ، ولا مطالبة . وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية ، ولأن موجب القطع ثبت ، فوجب من غير مطالبة ، كحد الزنى ^(١) .

❦ والذي يراه الباحث صحة رأي الحنابلة والشافعية ، وأبي حنيفة ومحمد ومن وافقهم فبالإضافة إلى ما احتج به الأحناف آنفاً من أنه ربما يكذب المسروق منه السارق ، أو يتنازل له عما سرق :

(١) أنه يمكن أن يكون المسروق منه وقف هذا المال على المسلمين ، أو على طائفة السارق منهم ، أو أن له دخول حرزه ، فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة .

(٢) ولا يمكن قياسه على الزنى ، لأن الزنى لا يباح بالإباحة ، ولأن القطع أوسع في الإسقاط فإذا سرق الأب - مثلاً - من ابنه لم يقطع وإذا زنى بجاريته حُد .

(٣) ولأن القطع شرع لصيانة مال آدمي فله به تعلق فلم يستوف من غير حضور مطالب به ، والزنى حق الله تعالى محض فلم يفتقر إلى طلب به ^(٢) ، والله أعلم .

(١) المحلى ج ٩ ص ١٢٢ .

(٢) المغني ج ٩ ص ١٢٢ .

١٦- اشتراط إشهار

السلاح في الحرابة لوجوب القطع

قال أبو عمر : " وأجمعوا أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر الغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً بالسلاح على المسلمين مخيفاً للسُّبُل " (١) .

هذا هو الحد الرابع من أنواع الحدود ، وقد ألحق الحنفية حد الحرابة بحد السرقة ، لأنه قطع الطريق يسمى سرقة كبرى .

إلا أنه ليس بسرقة مطلقة ، فإن السرقة هي الأخذ خفية كما يتبادر إلى الذهن ، وإنما يطلق اسم السرقة عليه مجازاً بسبب الإخفاء عن الإمام ، أو عن حراسه لحفظ الطريق .

فيسمى سرقة بسبب أخذ المال سراً عن الحارس ، أو الإمام ويسمى "كبرى" لأن فيه ضرراً على أصحاب الأموال ، وعامة الناس ، ولذا غلظ الحد فيه وخفف في السرقة العادية المسماة سرقة صغرى ، لأن ضررها يخص الملاك بأخذ ما لهم ، وهتك حرزهم (٢) .

وقاطع الطريق : هو كل من كان دمه محقوناً قبل الحرابة ، وهو المسلم ، أو الذمي ، والأصل في حدهما قوله ﷺ : « **إنما جزاء الذين يماربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض** » (٣) .

فالحرابة إذا : هي كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر معه الاستعانة عادة (٤) ، وهنا نجد ابن عبد البر اشترط اشهار السلاح وحمله شرطاً مجتمعاً عليه .

(١) الاستذكار ج٤ ص ٢٣٧ .

(٢) فتح القدير ج٤ ص ٢٦٨ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣٣ .

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٧١ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٤٤٥٥ ، وما بعدها .

وعند الشافعية ، في رواية وهو رأي الإمام النووي واختيار الخطيب الشربيني شارح مغني المحتاج قال الشربيني : " أفراد المصنف الصفات يقتضي أنه لا يشترط في قاطع الطريق عدد ولا ذكورة ولا سلاح وهو كذلك فالواحد ولو أنثى إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة وتعرض للنفس وللمال مجاهرة مع البعد عن الغوث وكذا الخارج بغير سلاح، إن كان له قوة يغلب بها الجماعة لو باللكز ، والضرب بجمع الكف ، وقيل لا بد من آلة ^(١) ومن هذا يتضح أن عند الشافعية روايتان إحداهما لا يشترط إشهار السلاح ، وهي اختيار النووي والخطيب الشربيني ، والأخرى تشترط الآلة أي أشهر السلاح ^(٢) .

وكذلك الظاهرية : لم يشترطوا هذا الشرط ، فصح عندهم أن المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في سبيل الأرض محارب سواء بسلاح أو بلا سلاح .

يقول ابن حزم : " أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في سبيل الأرض سواء بسلاح ، أو بلا سلاح أصلاً سواء ليلاً ، أو نهاراً في مصر أو في فلاة ، أو في قصر الخليفة ، أو الجامع سواء قدموا على أنفسهم إماماً ، أو لم يقدموا سوى الخليفة نفسه فعلى ذلك بجندته أو غيره متقطعين في الصحراء ، أو أهل قرية سكاناً في دورهم أو أهل حصن كذلك ، أو أهل مدينة عظيمة أو غير عظيمة ، كذلك واحداً كان أو أكثر كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس ، أو أخذ مال أو لجراحة أو لانتهاك فرج فهو محارب عليه وعليهم ، كثروا أو قلوا ، حكم المحاربين المنصوص في الآية لأن الله تعالى لم يخص شيئاً من هذه الوجوه إذ عهد إلينا بحكم المحاربين : ﴿ وما كان ربك نسياً ﴾ ^(٣) ^(٤) .

(١) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج ٤ ص ١٨٠ .

(٢) انظر الفقه الإسلامي وأدلته ج ٦ ص ١٣٠ ، ١٣١ .

(٣) سورة مريم : الآية ٦٤ .

(٤) المغلى ج ١١ ص ٣٠٨ ، وقال في مراتب الإجماع ، واختلفوا في المحارب بما لا يمكن ضبطه ، ص ١٢٨ .

ثم احتج ابن حزم لرأيه قائلاً : " فإن احتج محتج في أن المحارب لا يكون إلا من شهر السلاح بحديث ابن الزبير عن رسول الله ﷺ : " من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر " ، وحديث ابن عمر : " من حمل علينا السلاح فليس منا " (١) .

قلنا هذه آثار صحاح وكلها حق لا يضرها إيقاف من أوقفها إلا من حارب بسلاح ، لأن رسول الله ﷺ إنما ذكر هذين الأثرين من وضع سيفه ، وشهر سلاحه فقط وسكت عما عدا ذلك ، وبقي حكم من لم يحمل السلاح أن يطلب من غيرهما .

ثم روى بسنده حديثاً عن أبي هريرة : " من خرج من أمتي على أمتي يضرب برها وفاجرها لا يتحاشى من مؤمنها ولا يفى بذئ عهدها فليس مني " .

فقد عم رسول ﷺ : " كما تسمع الضرب ولم يقل بسلاح ولا غيره فصح أن كل حراية بسلاح أو بلا سلاح فسواء " (٢) .

وجمهور الفقهاء على ما قاله ابن عبد البر من اشتراط شهر السلاح :

(١) الأحناف :

" يحاربون الله " ، هو مجاز ليس بحقيقة ، لأن الله تعالى يستحيل أن يحارب وهو يحتمل وجهين أحدهما : أنه سمي الذين يخرجون ممتنعين مجاهرين بإظهار السلاح ، وقطع الطريق محاربين لما كانوا بمنزلة من حارب غيره من الناس وممانعة فسموا محاربين تشبيهاً لهم بالمحاربين من الناس .

ثم قال : وخصت هذه الفرقة بهذه السمة لخروجها ممتنعة بأنفسها لمخالفة أمر الله تعالى وانتهاك الحريم ، وإظهار السلاح (٣) .

(١) البخاري جـ ١٣ ص ٢٦ حديث رقم ٧٠٧٠ ، ٧٠٧١ ، وسنن ابن ماجه حديث رقم ٢٥٧٥ ، كتاب الحدود باب من شهر السلاح .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٧٠ ط المكتبة التجارية .

(٢) يقول ابن رشد :

" فأما الحراية فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر " (١) .

ويقول ابن جزي : " المحارب وهو الذي شهر السلاح ، وقطع الطريق وقصر سلب الناس سواء كان في مصر أو قفر " (٢) .

(٣) وعند الشافعية :

ذكرنا أن عندهم روايتين إحداهما لا تشترط إشهار السلاح والآخر تشترطه (٣) .

(٤) يقول الخرقى :

" المحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة ، ثم ذكره ابن قدامة من شروطها : أن يكون معهم سلاح ، فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم في هذا خلافاً ، فإن عرضوا بالعصى والحجارة فهم محاربون وبه قال الشافعي وأبو ثور " (٤) .

❦ وأدلة الجمهور أقوى وأرجح فقد استدلوا بما يلي :-

أولاً : ما رواه ابن عمر قال رسول الله ﷺ : " من حمل علينا السلاح فليس منا " (٥) .

ثانياً : بحديث ابن الزبير : " من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر " - ذكره ابن حزم في المحلى - .

ثالثاً : أن عقوبة المحارب من أقسى العقوبات في الشريعة الإسلامية فوجب لتطبيقها اشتراط إشهار السلاح لأنهم بدون سلاح يتمكن

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٥ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٦٨ .

(٣) راجع مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٨٠ .

(٤) المغني جـ ٩ ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، وراجع الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ١٣٠ ، ص ١٣١ .

(٥) رواه البخاري مع الفتح جـ ١٣ ص ٢٦ رقم ٧٠٧٠ وابن ماجه كتاب الحدود باب من شهر السلاح والنسائي جـ ٧ ص كتاب تحريم - باب من شهر سيفه ثم وضعه في الناس .

منهم الحاكم بسهولة ويسر ، ولا يستطيعون مغالبة المسلمين وإذا
خرجوا على جماعة لن يتمكنوا منهم بدون سلاح ؛ لأنه من السهل
التغلب عليهم فلذلك اشترط الجمهور حمل السلاح ، يقول ابن
قدامة : " أن يكون معهم سلاح ، فإن لم يكن سلاح ، فهم غير
محاربين لأنه لا يمنعون من قصدهم " (١) ، والله أعلم بالصواب .

(١) المغني ج ٨ ص ١٢٥ .

" الفصل الثالث "

القصص والدييات

١ - يقتل الابن

قوداً عند الجميع إذا قتل أباه

قال أبو عمر : " أكثر العلماء على أن لا يقتل الأب بابنه إذا قتله عمداً ، ويقتل الابن عند الجميع بالأب إذا اقتله عمداً " (١) .

لكن حكى الإمام ابن قدامة رواية عن الإمام أحمد أنه لا يقتل به .

يقول الخرقي : " ويقتل الولد بكل واحد منهما " ، أي إذا قتل أبيه أو أمه ، ويقول ابن قدامة : " هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وحكى أصحابنا عن أحمد رواية ثانية أن الابن لا يقتل بأبيه " (٢) .

والحجة لهذا القول أن الابن لا تقبل شهادته للأب بحق النسب ، يقول في المغني : " لأنه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه " (٣) .

أما جمهور العلماء والرواية الثانية المعتمدة عند الحنابلة أن الابن يقتل إذا قتل أبيه أو أمه .

(١) عند الأحناف :

يقول الكاساني : " ويقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقى الولد داخلاً تحت العموم " (٤) .

(٢) يقول القرطبي :

عن سراقه بن مالك " كان رسول الله ﷺ يقيد لأب من ابنه " (٥) .

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ٢٠٠

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٣٠ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٢٣٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٨ .

(٥) تفسير القرطبي ج ١ ص ٦٢٧ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٥٦ .

(٣) قال في مغني المحتاج :

"ويقتل الولد بوالديه " (١) .

(٤) وعند الحنابلة :

ذكرنا قول الخرقي : "ويقتل الولد بكل واحد منهما " (٢) .

(٥) وعند الظاهرية :

يفهم من كلام ابن حزم عموم قتل القاتل قصاصاً ما لم يكن أباً للمتوفى أما إذا كان ابناً فإنه يقتل به ، " واتفقوا أن الحر المسلم العاقل البالغ إن قتل مسلماً حراً ليس هو له بولد ولا أفضل منه وهو رجل حر عاقل غير حربي ولا سكران ولا مكروه فقتله قاصداً لقتله عامداً لولى ذلك المقتول قتل ذلك القاتل إن شاء " (٣) .

❦ والذي يراه الباحث صحة رأي الجمهور لما يلي : -

(١) عموم آيات القصاص ولم تستثن الابن أو غيره : ﴿ النفس بالنفس ﴾ (٤) .

(٢) أن الأب أعظم حرمة وحقاً من الأجنبي فإذا قتل الابن بالأجنبي فلأن يقتل بالأب أولى ، ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي .

(٣) لا يصح القياس على الشهادة ، أو قياس الابن على الأب ، لأن حرمة الوالد على الولد أكد ، والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الوالد مع الولد .

(٤) ويذكر ابن قدامة أن الحنابلة ذكروا حديثين متعارضين عن سراقاة عند النبي ﷺ أحدهما : أنه قال : " لا يقاد الأب من ابنه ولا الابن من أبيه " .

والثاني : أنه كان " يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه " [رواه الترمذي]

أما الحديث الأول لا نعرفه ، ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلاً ، وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة (٥) ، والله أعلم .

(١) مغني المحتاج ج٤ ص ١٨

(٢) المغني ج٨ ص ٢٤٠ ، وذكر رواية أحمد المخالفة .

(٣) مراتب الإجماع ص ١٣٨ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٥) المعني ج٨ ص ٢٣ .

٢- قتل الحر بالعبد وأن

ما يدفع عن قتل العبد قيمة لا دية

قال أبو عمر عن تفسير آية النساء : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ، وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَدِيَةٌ لَهُ﴾ ^(١) ، فأجمع العلماء أنه لا يدخل العبيد في هذه الآية ، وإنما أراد بها الأحرار فكذلك قوله ^(٢) المسلمون تتكافأ دماؤهم أريد به الأحرار دون العبيد ، وإذا لم يكن قصاص بين العبيد ، والأحرار في ما دون النفس فالنفس أخرى ^(٣) .

ثم ذكر إجماعاً آخر مرتبطاً بهذه النقطة أثناء حديثه عن الخلاف في قيمة العبد إذا قتله حر فدفع قيمته ، وهل تزيد على الدية أم لا ؟ قال : قد أجمعوا أنها قيمة لا دية ، فوجب أن يبلغ بها حيث بلغت كسائر القيم المستهلكات التي لا توقف فيها " ^(٤) .

وفي ادعاء هذا الإجماع نظر نلاحظ أن جمهور الفقهاء قد ذهب إلى أن العبد إذا قتل عبداً مثله قتل به ، لأنه مساو له وجاء النص بذلك فقال ^(٥) : ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ ^(٦) ، وإذا قتل العبد حراً فلا خلاف في أنه يقتل به لأن الأدنى يقتص منه في مقابل الأعلى .

وقد اختلف الفقهاء في قتل الحر بالعبد فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم قتل الحر بالعبد :

(١) يقول ابن العربي عن القصاص :

" الحر لا يقتل بالعبد " ^(٧) .

(١) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٢) الاستذكار ج ٢٥ ص ٢٦٦ .

(٣) الاستذكار ج ٢٥ ص ١٩١ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٦٢ و ٦٣ .

(٢) ويقول النووي : " ولا يقتل حر بمن فيه رق " (١) .

(٣) وذكر البهوتي :

من شروط وجوب القصاص " بأن يساويه القاتل في الدين
وانحرية والرق " (٢) .

وقال الحنفية : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفس ، يقول عبدالله بن
محمود الموصلي ، " ويقتل الحر بالحر وبالعبد " (٣) .

وقال قوم : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبداً للقاتل ، أو عبد
غيره وبه قال النخعي وداود والظاهرية .

ومعنى هذا أن القاتلين يقتل الحر بالعبد يقولون بأن ما يدفع بعد
العفو ، أو في القتل الخطأ إنما هو دية وليس بقيمة .

وقد استدل الجمهور على رأيهم بأن العبد لا يكافئ الحر فلا
يقتص له من الحر قال ابن العربي : " الحر لا يقتل بالعبد " ، لأن الله
تعالى بين نظير الحر ومساويه وهو الحر ، وبين نظير العبد ومساويه
وهو العبد ويعضده ما ناقض فيه أبو حنيفة من أنه لا مساواة بين طرف
الحر ، وطرف العبد ، ولا يجري القصاص بينهما في الأطراف ، فكذلك
لا يجب أن يجري في الأنفس ، ورووا في ذلك حديثاً عن الحسن عن
سمرة قال النبي ﷺ : " من قتل عبده قتلناه " (٤) - وهذا حديث
ضعيف - ، ثم استدل بقول ﷺ : « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه
سلطاناً » (٥) .

والولى هنا هو السيد فكيف يجعل له سلطاناً على نفسه ؟ - فإن
قيل : جعله إلى الإمام ، وقيل : إنما يكون للإمام إذا ثبت للمسلمين

(١) السراج الوهاج شرح النهاج ص ٤٨٢ .

(٢) الروص الربع ص ٤٦٩ .

(٣) الاختيار ج٤ ص ٧٨ ، الميسوط للسرخسي ج٢٦ ص ١٣٦ .

(٤) المغلى ج١٠ ص ٣٤٧ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٥) سورة الإسراء : الآية ٣٣ .

ميراثاً فيأخذ الإمام نيابة عنهم ؛ لأنه وكيلهم ونيابته ههنا عن السيد محال فلا يقاد به^(١).

فنظرة الذين لا يقتصون من الحر في العبد تقوم على أن العبد قيمة مائيه فهم ينظرون إلى ماليته لا إلى آدميته كما يقول الشيخ أبو زهرة^(٢).

وهي نظرة لا تتفق مع النصوص والقواعد الشرعية الصحيحة ، وهذه النظرة إلى مالية العبد تضاءلت عند الحنفية فلم تتعد السيد ، وتلاشت عند القائلين بالقصاص من الحر سواء كان المقتول عبداً لهذا الحر ، أو لغيره .

قال الحافظ ابن كثير مبيناً رأي الجمهور واعتماده أحاديث غير صحيحة ، وعدم بطلان قول الحنفية : " وأما العبد فعن السلف في آثار متعددة أنهم لم يكونوا يقيدون العبد من الحر ولا يقتلون حرّاً بعبد ، وحاء في ذلك أحاديث لا تصح ، وحكى الشافعي الإجماع على خلاف قول الحنفية في ذلك ، ولكن لا يلزم من ذلك بطلان قولهم إلا بدليل مخصص للآية الكريمة " (٣) .

❁ واستدل القائلون بالقصاص بما يلي :-

(١) عموم قوله ﷺ : « **أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ** »^(٤) ، وقوله ﷺ : "المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم " ، وكذلك حديث الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : " **مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَاهُ . وَمَنْ جَدَعَ عَبْدَهُ جَدَعْنَاهُ** " (٥).

وقد عقب الإمام القرطبي على تضعيف ابن العربي له فقال "قلت": وهذا الحديث الذي ضعفه ابن العربي ، وهو صحيح أخرجه النسائي وأبو داود ... وقال البخاري عن علي بن المديني : سماع الحسن من سمرة صحيح ، وأخذ بهذا الحديث ، وقال البخاري ، وأنا

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٦٢ .

(٢) نظرة إلى العقوبة في الفقه الإسلامي ص ١٧١٢ ، نقلاً عن تفسير النصوص ص ١٨٦ .

(٣) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٤٧ ، راجع تفسير النصوص ص ١٨٦ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٥) رواه أبو داود كتاب الديات باب : " من قتل عبده أو مثل به يقاد منه وابن ماجه كتاب الديات " باب هل

يقتل الحر بالعبد ، وراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٩٨ ، تفسير النصوص ص ١٨٦ .

أذهب إليه ، فلو لم يصح الحديث لما ذهب إليه هذان الإمامان وحسبك بهما " (١) .

وإذا كان الولي في آية : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾ (٢) هو المالك في حالة قتل غير السيد العبد فإن الحاكم ولي هذا العبد حين يقتله سيده فهو ولي من لا ولي له .

(٢) ومما يستدل به كذلك في القصاص للعبد من الحر القياس فإن قتله محرم كقتل الحر ، والمساواة ثابتة في عموم قوله ﷺ : ﴿ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ ﴾ (٣) ، وبنص حديث سمرة فلا ينافيها أمور عارضة كالرق ، وقد أعلن رسول الله ﷺ هذه المساواة في قوله : " إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليكسبه مما يلبس ، ولا يكلفه ما يغلبه فإن كلفه ما يغلبه فليعنه " (٤) .

(٣) ويقول الشيخ أبو زهرة : " وإن النظرة بالنسبة للرقيق إلى الأدمية هو الذي يتفق مع المصادر الإسلامية ؛ لأن الرق باتفاق الآراء لا يفقد الرقيق آدميته بدليل تكليفاته الشرعية ، ومسئوليته الدينية في كل ما يعمل من أعمال ، وما يرتكب من جنایات ، ولو كان قد فقد بالرق آدميته لكان كالعجماء وقد ورد بأن " العجماء جبار " (٥) أي ما يتلف بسببها هدر .

(١) تفسير القرطبي ج ٦ ص ٦٢٦ .

(٢) سورة الأسراء : الآية ٣٣ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) رواه أبو داود في كتاب الأدب باب " في حق المملوك " .

(٥) الحديث رواه أبو داود في كتاب الديات باب العجماء والمعدن والبئر جبار وفي مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ٢٩٨ في كتاب الحدود باب العجماء والمعدن والبئر هدر ، وانظر نظرة إلى العقوبة في الفقه الإسلامي لأبي زهرة ص ١٧٤ .

(٤) الذي يراه الباحث هو رأي الحنفية . ورأي الجمهور ضعيف ، لأن رأي
الأحناف يستند إلى نصوص ، وقواعد شرعية صحيحة وقد رأينا تصحيح
البخاري وشيخه علي بن المديني لحديث سمرة ، لكننا نخالف الحنفية في عدم
قتلهم السيد بعبده فتلك آثار النظرة إلى مالية العبد لا إلى آدمية فإذا كان سيده
يملك ماله ومنافعه ، فإنه لا سبيل إلى ملكية روحه ، ونفسه ، ومن ثم فأوفق
الآراء ما قال به النجفي وداود وبعض التابعين كما حكى الترمذي من
تساوى القصاص بين الحر والعبد وقد قال بذلك ابن رشد والقرطبي وابن
كثير في تفسيرهما كما مر^١ ، والله أعلم .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٩٨ ، سنن الترمذي ج ٤ ص ٢٦ ط الحلبي ١٩٧٥ .

٣- إيجاب القود للمار

بين يدي المصلي إذا قتله المصلي

قال أبو عمر عن حديث عبدالرحمن بن سعيد الخدري عن أبيه في المار بين يدي المصلي : " فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان " (١) ، فالمقاتلة هنا المدافعة ، وأحسبه كلا ما خرج على التغليظ ولكل شيء حد ثم ذكر الأراء الخاصة بالدية ثم قال : " وهذا كله يدل على أن فيه القود لا خلاف في ذلك " .

وفي هذا الإجماع الذي ذكره نظر ؛ لأن الإمام ابن حزم له رأي مخالف قال : مسألة : مقاتلة من مر أمام المصلي إلى ستره ، أو غير ستره فأراد إنسان أن يمر بينه ، وبين سترته ، أو بين يديه ، وإن لم يكن إلى ستره فليدفعه فإن اندفع ، وإلا فليقاتله ، فإن دفعه فوافقت منية المريد للمرور قدمه هدر ، ولا شيء منه لا قود ، ولا دية ، ولا كفارة ، وكذا إذا كسر له عضو ، لا فرق ، فإن وافق في ذلك منية المصلي ففيه القود ، أو الدية ، أو المفاداة (٢) .

و واضح جداً تأثير النزعة الظاهرية في رأي الإمام ابن حزم حيث تمسك بظاهر حديث أبي سعيد الخدري السابق وذكر روايات له أخرى تعضد قوله بجانب أدلة أخرى يقول : " برهان ذلك ما روينا من طريق أبي داود موسى بن إسماعيل نا سليمان - هو ابن المغيرة - عن حميد قال : قال أبو صالح : أحدثك عما رأيت من أبي سعيد وسمعت منه دخل أبو سعيد على مروان فقال : " سمعت رسول الله ﷺ يقول : " إذا صلى أحدكم إلى ما يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفع في نحره ، فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان " .

ثم ذكر رواية عطاء عن أبي سعيد الخدري أنه كان يصلي فأراد ابن مروان أن يمر بين يديه فدراه فلم يرجع فضربه فخرج الغلام يبكي

(١) الموطأ رواية محمد بن الحسن ص ٩٨ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٥٠٠ .

حتى أتى مروان فأخبره فقال مروان لأبي سعيد : لم ضربت ابن أخيك؟ قال : "ما ضربته إنما ضربت الشيطان سمعت رسول الله ﷺ يقول : "إذا كان أحدكم في صلاته فأراد إنسان أن يمر بين يديه فيدراه ما استطاع ، فإن أبي فليقاتله فإنما هو شيطان " .

ثم ذكر رواية الإمام مسلم عن رسول الله ﷺ قال : " فإن أبي فليقاتله ، فإن معه قرين " .

ويستدل ابن حزم بهذه الأحاديث بأن من قاتل كما أمره رسول الله ﷺ فهو محسن قال ﷺ : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ ^(١) .

فإذا هو محسن فليس متعدياً ، وإذا ليس متعدياً ، فلا قود عليه ، ولا دية وليس قاتل خطأ فتكون عليه كفارة ^(٢) .

(١) أما عند الجمهور فحديث أبي سعيد عندهم للتخليط لذلك يوجبون القود فيمن قتل الماراً بين يديه .

ويقول الإمام ابن قدامة مصوراً رأي الجمهور : " وقد سمي النبي ﷺ الذي يمر بين يدي المصلي شيطاناً وأمر برده ومقاتلته وروى عن يزيد بن نمر أنه قال : " رأيت رجلاً يتبوك مقعداً فقال مررت بين يدي رسول الله ﷺ وأنا على حمار وهو يصلي فقال : " اللهم أقطع أثره " فما مشيت عليها بعد . رواه أبو داود .

وفي لفظ قطع صلاتنا قطع الله أثره . وإن أراد أحد المرور بين يدي المصلي فله منعه في قول أكثر أهل العلم ثم ذكر حديث أبي سعيد ، وفسره تفسيراً قريباً من تفسير ابن عبد البر " ومعناه " : أي ليدفعه وهذا في أول الأمر لا يزيد على دفعه فإن أبي فليقاتله ، أي يعنفه فإنما هو شيطان أي فعله فعل شيطان ، أو الشيطان يحمله على ذلك ، وقيل معناه أن معه شيطاناً ، وأكثر الروايات أن المصلي يشتد عليه في الدفع ، ويجتهد في رده ما لم يخرج به ذلك إلى إفساد الصلاة بكثرة العمل ... وقال أحمد : ويدرأ ما استطاع وأكره القتال في الصلاة وذلك لما يفضي إليه

(١) سورة التوبة : الآية ٩١ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ .

من الفتنة ، وإنما أمر النبي ﷺ برده حفاظاً للصلاة عما ينقصها فيعلم أنه لم ير ما يفسدها ويقطعها بالكلية فيحمل لفظ المقاتلة على دفع أبلغ من الدفع الأول (١) .

(٢) بل نص المالكية :

على ضمان ما ألتفه المصلي للمار ، فعندهم يندب للمصلي أن يدفع المار بينه وبين سترته دفعاً خفيفاً فإن كثر أبطل صلاته ، ولو دفعه فألتف له شيئاً كما لو خرق ثوبه ، أو سقط منه مال ضمن على المعتمد ، ولو دفعه دفعاً مأذوناً فيه (٢) .

(٣) وكذلك نص الشافعية والحنابلة :

على الضمان فيسن عندهم أن يدفع المار بينه ، وبين سترته عملاً بالأحاديث الثابتة المتقدمة ، ويضمن المصلي المار إن قتله ، أو آذاه (٣) .

(٤) وهناك دليل عقلي :

وهو أنه لا يعقل أن يهدر دم إنسان مسلم معصوم الدم لمجرد مروره بين يدي المسلم ربما جهلاً ، أو غفلة ، أو نسياناً ... إلخ فهل يجعل دمه هدراً لا قود فيه ، ولا دية ؟ أظن أن هذا لا يقول به أحد لذا فإن رأي ابن حزم لا يصح ، وكان على ابن عبد البر أن يحترز في حكاية هذا الإجماع ، والله أعلم .

(١) المغني جـ ٢ ص ٤١ ، تنوير الحوالك جـ ١ ص ١٣١ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ١ ص ٢٤٦ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٤٥ ، راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية الرهولي عليه جـ ٨ ص ١٥ .

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني جـ ١ ص ٢٠٠ ، ط الحلبي ، كشاف القناع : ط ص ٤٣٨ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ١ ص ٧٦٣ .

" ٤ - قتل الرجل بالمرأة "

تشترك المرأة مع الرجل في أصل الخلقة فهما خلقا من نفس واحدة كما قال ﷺ : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ﴾ ^(١) ، فالمساواة بينهما في النفس قائمة على هذا الأصل ومن ثم إذا قتل الرجل المرأة فإنه يقتص منه ، وإذا كان الله ﷻ قد جعل شهادتها على النصف من شهادة الرجل ، فإن ذلك راجع إلى طبيعة تكوين المرأة إذ جعلها الله ذات عاطفة قوية تتناسب مع وظيفتها ، الأصلية وهي الأمومة ، وليس راجعاً لأن نفسها نصف نفس الرجل ومن قال بالتصنيف فقد أخطأ ولم يفهم النصوص الشرعية ولا قواعد الإسلام ومبادئه .

وها هو ابن عبد البر يحكي التساوي في القصاص بين الرجل والمرأة ، ويجعل قتل الذكر بالأنثى محل إجماع يقول : " وكذلك أجمعوا على قتل الذكر بالأنثى " ^(٢) ، ويقول أيضاً : " ولولا الإجماع في قتل الرجال بالنساء لكان ذلك حكم الأنثى بالأنثى " ^(٣) .

لكن في هذا الإجماع نظر وكان أولى الاقتصار على قوله جمهور العلماء ، أو جماعة أئمة الفتوى فلقد قال ابن المنذر بعد أن حكى الإجماع أيضاً على أن القصاص بين المرأة ، والرجل في نفس إذا كان القتل عمداً ، وروى عن عطاء والحسن غير ذلك ^(٤) ، وقد روى هذا القول أيضاً عن سيدنا علي كرم الله وجهه .

يقول ابن رشد : " وأما قتل الذكر بالأنثى فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع إلا ما حكى عن علي من الصحابة وعن عثمان البتي ^(٥) أنه إذا قتل الرجل بالمرأة على أولياء المرأة نصف الدية ، وحكى القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر

(١) سورة النساء : الآية ١ ، وانظر مكانة المرأة في التشريع الإسلامي لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ص ١٠ وما بعدها .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٥٤ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٦٧ .

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٨٧ .

(٥) سفت ترجمته .

بالأنثى وحكاه الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله **﴿وَعَلَى الْإِنثَى بِالنَّثَى﴾**^(١) وإن كان يعارض دليل الخطاب وهنا العموم الذي في قول **﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾**^(٢) ، لكن يدخله أن الخطاب وارد في غير شريعتنا ، وهي مسألة مختلف فيها أعني شرع من قبلنا شرع أم لا ؟^(٣) ، و واضح من قول ابن رشد أن المخالفين اعتمدوا على دليلين :
الأول : قوله تعالى : **﴿وَالْإِنثَى بِالْأُنثَى﴾** ، وعلى هذا فالرجل لا يقتل بها .

الثاني : أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فإذا قتل بها الرجل بقي له بقية يأخذها أهلها ممن اقتصوا : " وإذا قتلت امرأة رجلاً فإذا أراد أولياؤه قتلها قتلوها وأخذوا نصف الدية وإلا أخذ دية صاحبهم واستحيوها " ^(٤) .

✽ والجمهور على المساواة :

(١) الأحناف :

" يقتل الحر بالحر وبالعبد والرجل بالمرأة " ^(٥) .

(٢) المالكية :

يقول الدردير : " ويقتل الأعلى بالأدنى ... والذكر بالأنثى " ^(٦) .

(٣) وعند الشافعية :

" الرجل يقتل بالمرأة " ^(٧) .

(١) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٠ ..

(٤) تفسير القرطبي جـ ١ ص ٦٢٥ ، راجع تفسير النصوص د/ إسماعيل سالم - رحمه الله - .

(٥) الاختيار جـ ٤ ص ٧٨ ، ٧٩ .

(٦) الشرح الصغير جـ ٤ ص ٧٨ .

(٧) السراج الوهاج ص ٤٧٨ ، ٤٧٩ .

(٤) وعند الحنابلة :

من كتاب عمرو بن حزم وفيه : " أن الرجل يقتل بالمرأة ، وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى عندهم بالقبول " (١) .

(٥) وعند الظاهرية :

" قتل الرجل بالمرأة " (٢) .

✽ هذا وقد استدلل الجمهور على رأيهم بما يلي :

أولاً : قوله ﷺ : ﴿ النفس بالنفس ﴾ (٣) ، ﴿ الحربي بالمرء ﴾ (٤) ، وكذلك عموم النصوص الأخرى بعارض ما استدلل به أصحابه الرأي المخالف من قوله ﷺ : ﴿ الأنثى بالأنثى ﴾ (٥) .

ثانياً : ثبت في الحديث الصحيح الذي رواه أنس بن مالك : " أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين ، فقبل لها من فعل بك هذا أفلان أو فلان حتى سمى اليهودي ، فأتى به النبي ﷺ فلم يزل حتى أقر فرض رأسه بالحجارة " أي فدفنت رأسه (٦) وفي رواية فرضخ رأسه بين حجرين وقد ترجم البخاري بهذه القصة في موضوع آخر تحت عنوان باب قتل الرجل بالمرأة (٧) .

وقال : قال أهل العلم : " يقتل الرجل بالمرأة " وعقب ابن حجر على ذلك فقال : المراد الجمهور ، أو أطلق إلى الطريق إلى عليّ ، أو إلى أنه من ندرة المخالف (٨) .

(١) المغني جـ ٨ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٣٥٩ ، وما بعدها .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٦) رواه البخاري ، انظر الفتوح جـ ٢ ص ١٩٨ ، ١٩٩ ، وذكره مسلم في كتاب القسامة باب تبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره .

(٧) الفتوح جـ ١٢ ص ٢١٣ .

(٨) الفتوح جـ ١٢ ص ٢١٤ .

فما نسب إلى عليّ إما أن يكون ضعيفاً ، أو هو من النادر الذي يخالف رأي الكافة ، وقد عقب القرطبي على نسبة هذا الرأي إلى عليّ والحسن البصري ، وغيرهما فقال : " وقد أنكر ذلك عنهم أيضاً وروى هذا عن الشعبي عن عليّ ولا يصح لأن الشعبي لم يلق علياً ثم قال روى الحكم عن عليّ وعبدالله قالا : " إذا قتل الرجل المرأة متعمداً فهو بها قود ، وهذا يعارض رواية الشعبي عن عليّ " (١) .

ثالثاً : ومما استدل به أيضاً لرأي الجمهور ما ورد عن أبي بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : " أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض ، والأسنان وأن الرجل يقتل بالمرأة " . سبق تخرجه " .

رابعاً : أن الرجل والمرأة يحد كل واحد منهم بقذف صاحبه فيقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين " (٢) .

وبهذا يتضح أن رأي الجمهور أرجح لأنه يتسق مع الأدلة الشرعية والروح العامة للإسلام التي لم تفرق بين الرجل ، والمرأة وساوت بينهما في كثير من الحقوق ، والواجبات (٣) ، والله تعالى أعلم .

(١) تفسير القرطبي ج ١ ص ٦٢٥ .

(٢) تفسير النصوص د/إسماعيل سالم - رحمه الله - ص ١٩١ .

(٣) راجع في هذا مثلاً الدراسة الجيدة لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي عن مكانة المرأة في الإسلام .

" ٥ - عدم اجتماع القصاص والدية "

قال أبو عمر : " أجمعوا أن الدية لا تجتمع مع القصاص ، وأن الدية إذا قبلت حرّم الدم ، وارتفع القصاص " (١) .

في هذا الإجماع نظر لأنه سبق في المسألة السابقة أثناء الحديث عن تساوي الرجل ، والمرأة في القصاص - أن القائلين بعدم التساوي قائلون بالجمع بين الدية ، والقصاص يقول ابن رشد ، وعن عثمان البتي أنه إذا قُتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية " (٢) .

وقد ناقشنا ورجحنا قول الجمهور بأنه يقاد للمرأة من الرجل ، ولا جمع بين القصاص ، والدية .

وحجة القائلين بالجمع بين القصاص ، والدية أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فإذا قتل بها الرجل بقي له بقية يأخذها أهله ممن اقتصوا يقول القرطبي : " وإذا قتلت امرأة رجلاً فإذا أراد أولياؤه قتلها قتلوها ، وأخذوا نصف الدية وإلا أخذوا دية صاحبهم واستحيوها " (٣) .

ليس هذا فحسب بل ذهب الأحناف خطوة أبعد مع أنهم قائلون بالتساوي بين المرأة والرجل في القصاص ، لكنهم خالفوا في الأطراف ووافقوا القائلين بعدم المساواة - ونحن نناقش هذا النقطة ، لأنها فرع عن الجمع بين القصاص ، والدية ، إذ لا يجمع بينها إلا إذا قتلت امرأة رجلاً فقتل به ، ويأخذون نصف الدية كما سبق ذلك لعدم التساوي .

فقال الحنفية : " من قطع يد امرأة لا تقطع - في زعمهم - يده ، ولا رجله برجلها وهكذا ، لأن ما دون النفس من أعضائها غير متساوية كما يقول الجصاص الحنفي والزيلعي ، وإذا فات القصاص لعدم التساوي وجبت الدية " (٤) .

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ٢٥٦ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠٠ .

(٣) تفسير القرطبي ج ١ ص ٦٢٥ ، راجع تفسير النصوص وآيات القصاص والديات لأستاذنا الدكتور : إسماعيل سالم - رحمه الله - .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٨٩ ، ط المكتبة التجارية ، بين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ١١٢ .

وزعم أصحاب هذا الرأي أن أطراف الرجل ومنافعه ليست كأطراف المرأة ومنافعها ، وإذا كان النص قد جاء بالتساوي في القصاص فإنه على خلاف القياس فيقتصر عليه وأيضاً فإن أطراف المرأة أضعف من أطراف الرجل فكيف نسوي بين القوي والضعيف ؟ !! فأطرافها من هذه الناحية كالمقومة بالمال ، وهذا الكلام عجيب حقاً من الأحناف ، أو بتعبير الشيخ الجليل/محمد أبي زهرة : " أنها شبهات وليست أدلة ، لأنها تقوم على التقدير الذي لا يعتمد على نص شرعي ، أو قاعدة صحيحة " (١) .

والنصوص التي سقناها من فعل على التسوية بينهما في النفس كقوله تعالى : ﴿ النفس بالنفس ﴾ (٢) ، ﴿ والمرب بالحر ﴾ (٣) ، وغير ذلك تدل على أنه لا تفرقة بينهما في الأطراف .

ثم إن أطراف الرجال نفسها غير متكافئة في المنافع ، وكذلك أطراف النساء ، والشارع قد أسقط هذا الاعتبار ، وجعل التكافؤ في العقوبة والجريمة فتقطع اليد القوية في مقابل اليد الضعيفة ، أما أن ننظر إلى الأطراف قوة ، وضعفاً تكافأت منافعها ، أو لم تتكافأ فهذا ما أسقطه الشارع ولم يعتبره ، فإن المرأة تحمل الطفل الذي يحمل السيف .

وأيضاً فقياس الحنفية الأطراف على المال قياس غير صحيح بل غريب فكيف نجعل الاعتداء على الأطراف كالاعتداء على المال ؟ !! وإذا كنا لم نعتبر ذلك بالنسبة للاعتداء على الرجال ، فكيف نعتبره كالمال في الاعتداء على أطراف النساء ؟ إنها إذن تفرقة بين متماثلين (٤) .

والعجيب أن الحنفية قوموا أطراف النساء بالمال ، وناقضوا أنفسهم ولم يقوموا النفوس بالمال قال الزيلعي : " إن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، لأنها وقاية الأنفس كالأموال ، ولا مماثلة بين طرف الذكر والأنثى للتفاوت بينهما في القيمة " (٥) .

(١) نظرة إلى العقوبة في الفقه الإسلامي ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، راجع تفسير النصوص ص ١٩٣ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٤) نظرة إلى العقوبة في الفقه الإسلامي ص ١٧٧ ، تفسير القرطبي ص ١٩٣ .

(٥) تبين الحقائق جـ ٦ ص ١١٢ .

مع أن الجصاص يقول: " وغير جائز قتل النفس بالمال ، ألا ترى أن من رضى أن يقتل ويعطي مالا لوارثه لم يصح ذلك " (١) .

ويقول الزيلعي : " وطرف الكافر ، والمسلم سيان أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الأرض " (٢) .

أليس من الغريب أن نسوي بين طرف الكافر والمسلم ولا نسوي بين طرف الرجل والمرأة ؟ ! .

كل هذا دفع ابن حزم إلى القول : " ومن فضائح الحنفيين المخزية لقائلها في الدنيا والآخرة قطعهم يد المسلم بيد الذمي الكافر ، ومنعهم من قطع الرجل المسلم بيد المرأة الحرة المسلمة نعم ولا يقطعون يد الذمي الكلب إن تعمد قطع يد امرأة حرة مسلمة ، فاعجبوا لهذه المصائب مع قوله ﷺ : ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾ (٣) (٤) ، والله أعلم .

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ١٩٠ .

(٢) تبين الحقائق جـ ٦ ص ١١٢ ، ١١٣ .

(٣) سورة الحجرات : الآية ١٠ .

(٤) المغلي جـ ١٠ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ .

٦- تفسير العاقلة بأنها

الرهط ، والعشيرة ، والقبيلة

قال أبو عمر : " سن رسول الله ﷺ لأمته أن دية المؤمن المقتول خطأ تحملها عاقلة القاتل وهم رهطه وعشيرته وقبيلته لئلا يكون دمه مطلواً فعلت ذلك الكافة التي لا يجوز عليها السهو ، ولا الغلط ، وأجمع العلماء على ذلك في الدية الكاملة فارتفع التنازع ووجب التسليم (١) .

وقال : لا خلاف علمته أن ما جنت يد الإنسان خطأ أنه يضمنه في ماله فإن كان دماً فعلى عاقلته تسليماً لللسنة المجتمع عليها (٢) .

وقد ذكر الإمام ابن حزم في المحلى خلافاً لهذا الإجماع : " ذكر عن عثمان البتي أنه قال : لا أدري ما العاقلة ، قال أبو محمد : وقد يمكن أن يحتج لهذا القول بقول الله ﷻ : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ (٣) ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، يقصد قوله ﷻ : ﴿ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ (٤) ، هذا وقد اختلف الفقهاء أيضاً في تحديد العاقلة على رأيين .

(١) فقال الأحناف (٥) :

" العاقلة هم أهل الديوان ، إن كان القاتل من أهل الديوان (٦) : وهو اسم للدفتر الذي يضبط فيه أسماء الجند وعددهم ، وعطاؤهم كان عمر أول من دون الدواوين في العرب " .

وهم الجيش ، أو العسكر الذين كتبت أساميتهم في الديوان ، وهو جريدة الحساب ، أو هم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين ،

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٧٩ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٦٥ .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١٦٤ .

(٤) سورة النجم : الآية ٣٨ .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٧٨ ، وما بعدها .

(٦) تبين الحقائق جـ ٦ ص ١٧٧ .

أي أهل الرايات والألوية ، تؤخذ من عطاياهم أو من أرزاقهم لا من أصول أموالهم بدليل فعل عمر رضي الله عنه فإن الدية كانت على أهل البصرة ، وكانت بأنواع القرابة ، والحنف ، والولاء ، والعقد ، فلما دون عمر الدواوين جعل العقل - الدية - على أهل الديوان بمحضر من الصحابة^(١) .

وإن لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته قبيلته وأقاربه ، وكل من يتناصر بهم ، فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات الأقرب ، فالأقرب ، فيقدم الأخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمام ثم بنوهم وأما من لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية ، والقاتل داخل مع العاقلة ، فيكون فيما يؤدي مثل أحدهم ، لأنه هو الجاني فلا معنى لإخراجه ، ومؤاخذه غيره ، بل هو أولى بتحمل تبعه فعله^(٢) .

ولا يدخل في العاقلة أباء القاتل ، وأبنائه ، ولا الأزواج لأنه لا يتحقق بهم الكثرة ، ولا النساء ، والصبيان ، والمجانين ، لأن تحمل العاقلة تبرع بالإعانة وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع^(٣) .

(٢) وقال جمهور الفقهاء المالكية : على المعتمد والشافعية والحنابلة والظاهرية : العاقلة هم قرابة القاتل من جهة الأب وهم العصبية النسبية كالأخوة لغير أم ، والأعمام دون أهل الديوان بدليل ما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المرأة بديتها على عصبية القاتل^(٤) .

ويدخل عند المالكية والحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد : الأباء ، والأبناء ، خلافا لما قال الحنفية ، لأنهم أحق بالعصبية بميراث الجاني ، فكانوا أولى بتحمل عقله أي ديته ، واستثنى الشافعية كالحنفية الأصل من أب ، وإن علا ، والفرع من ابن ، وإن سفل لأنهم أبعاض

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٧٧ .

(٢) تفسير النصوص د/ إسماعيل سالم - رحمه الله - ، الفقه الإسلامي وأدلته ، د/ وهبة الزحيلي ج ٦ ص ٣٢٢ .

(٣) رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٥٤ ، وقيل يدخل الأباء ، والأبناء ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٥ ص ٣٢٣ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٨٢ ، المهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، كشف القناع ج ٦ ص ٥٨ وما بعدها ، والحديث في نيل الأوطار ج ٧ ص ٦٩ .

الجانبي فكما لا يتحمل الجاني الدية لا يتحمل أبعاضه ، وهم الأبناء ،
والأبناء^(١) .

وهذا الرأي ليس بصواب ، وذلك إذا كان الأباء والأبناء ، أقرب
العصبات فكيف يُستثنون من العاقلة وهم أولى الناس بالمناصرة
والمعاضدة ؟ ا ثم : " إن العصبية في تحمل العقل كهم في الميراث في
تقديم الأقرب ، فالأقرب ، وأبناؤه ، وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا
أولى بتحمل عقله " كما يقول ابن قدامة^(٢) لذلك كان رأي الجمهور هو
الأرجح ، والله أعلم .

(١) مغني المحتاج ج٤ ص ٩٥ ، وما بعدها ، المذهب ج٢ ص ٢١٣ .

(٢) المغني ج٨ ص ٢١٩ ، ٣٠٠ ، تفسير النصوص ص ٣٩٠ .

" ٧ - عمد الصبي خطأ "

قال أبو عمر عند قول مالك : " لا قود بين الصبيان وأن عمدهم خطأ " قال أبو عمر : فهو أمر مجتمع عليه لا خلاف بين العلماء فيه ، وقال : ولما أجمعوا على دفع القود ، والقصاص ، والحدود ، والآثام عنهم في دار الدنيا كانت الآخرة أولى بذلك ^(١) ومعنى هذا أن الصبي إذا اعتدى ، وقتل خطأ فالدية تجب على عاقلته ، لكن في هذا الإجماع نظر لأن الشافعي اعتبر عمد الصبي ، والمجنون عمداً لا خطأ ، ولذلك أوجب الدية في مالهما لا على العاقلة ، ويقول النووي : عمد الصبي عمد وهو الأظهر ^(٢) .

ويقول ابن قدامة ، فصل : وعمد الصبي ، والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعي في أحد قوليّه : لا تحمله لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه ، وأشبه القتل من البالغ " ^(٣) .

ويقول ابن رشد : " واختلفوا في دية ما جناه المجنون ، والصبي على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة ، وقال الشافعي عمد الصبي في ماله وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والمخطئ ، فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ، ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ^(٤) .

وقال ابن حزم : " وقال الشافعي هي في ماله أي الدية بكل حال " ^(٥) ، وجمهور العلماء على أن عمد الصبي والمجنون خطأ .

(١) يقول الأحناف :

" وعمد الصبي والمجنون خطأ " ، وروى أن مجنوناً قتل رجلاً بسيف فقضى علي رضي الله عنه بالدية على عاقلته من غير نكير ولأن القصاص عقوبة ولا يستحقان العقوبة بفعلهما كالحدود ، وكذا من أحكام العمد المأثم ولا إثم عليهما ^(٦) .

(١) التمهيد جـ ١٨ ص ٧١ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٠ .

(٣) المغني جـ ٨ ص ٣٠٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٠ ، ص ٤٠ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١٢ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٩٥ ، وما بعدها .

(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٣٤٥ .

(٦) الاختيار جـ ٤ ص ٩٨ .

(٢) ويقول ابن أبي زيد :

" وعمد الصبي كالخطأ ، وذلك على عاقلته " (١) .

(٣) وعند الحنابلة :

الصبي ، والمجنون عمدته خطأ لذلك لا يقتص بالقتل العمد ، ولو أمر صبياً لا يميز أو مجنوناً لا يعلم خطر القتل فقتل : يقتل الأمر دون المباشر " (٢) ، ويقول : " وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة " (٣) .

(٤) وعند الظاهرية :

يقول ابن حزم : " ولا قود على مجنون فيما أصاب ... ولا على من لم يبلغ ولا على أحد من هؤلاء دية ، ولا ضمان ، وهؤلاء ، والبهايم سواء " (٤) .

ورأي الجمهور بجعل عمد الصبي خطأ هو الراجح في رأي الباحث لأنه لا يتحقق من الصبي ، والمجنون كمال القصد فعمدهم كخطئهم تحمله العاقلة إلا إذا كان لهم مال فيتجبل في مالهم الدية إذا كان اعتداؤهم عمداً ، وكان الصبي مميزاً أما إذا كان خطأ فتحمله معه العاقلة كشبه العمد ، ولأنه قتل لا يوجب القصاص لأجل العذر فأشبهه الخطأ ، وشبه العمد (٥) .

وأما الحديث : " رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يعقل ، والسكران حتى يفيق " (٦) .

فالمقصود رفع الإثم والخرج لا رفع المسؤولية المدنية ، والشخصية وكان على ابن عبد البر أثناء حكايته الإجماع أن يستثنى خلاف الشافعي في جعل عمد الصبي عمداً ، والله أعلم .

(١) الثمر الداني ص ٤٢٩ ، المدونة الكبرى ج٤ ص ٤٨١ .

(٢) المغني ج٨ ص ٢٨٨ .

(٣) المغني ج٨ ص ٣٠٠ .

(٤) المحلى ج١٠ ص ٣٤٤ .

(٥) مغني المحتاج ج٨ ص ٣٠٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج٦ ص ٣٠٩ .

(٦) المحلى ج١٠ ص ٣٤٤ ، أخرجه أبو داود كتاب الحدود باب المجنون يسرق ، أو يصيب حداً .

٨- وجوب الدية في مال

الصبي إذا جنى جناية أو أتلف شيئاً

قال أبو عمر : وقد أجمعوا أيضاً أن في مال من لم يبلغ ، ولم تجب عليه صلاة أرش - دية - ما يجنيه من الجنايات ، وقيمة ما يتلفه من المتلفات ^(١) ، هنا يتحدث عن وجوب الدية في مال من لم يبلغ ، ولم تجب عليه صلاة وهو الصبي .

مع أن الجمهور على أن الصبي لا يحمل جناية ، وأن ما جناه عمداً لا قود فيه ، وأن عمدته ، وخطؤ خطأ فيه الدية لكن على عاقلته ولا يحمل شيئاً من جنايته إلا الشافعي في أحد القولين قال : لا تحمله العاقلة بل تكون الدية في ماله ^(٢) .

✽ أما الجمهور فعلى اعتبار ما جناه الصبي هدر :

(١) يقول الأحناف :

" وعمد الصبي والمجنون خطأ " ، أي تحمله العاقلة بل ، ولا إثم عليهما لأن المأثم من أحكام العمد ، والصبي عمدته خطأ ^(٣) .

(٢) يقول ابن أبي زيد :

" وعمد الصبي كالخطأ ، وذلك على عاقلته " ^(٤) .

(٣) وعند الشافعية :

ففي رواية : " عمد الصبي ، والمجنون خطأ " ^(٥) .

(٤) يقول ابن قدامة :

" وعمد الصبي ، والمجنون خطأ تحمله العاقلة " ^(٦) .

(١) الاستذكار جـ ٩ ص ٨٣ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٣٠٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١٢ ، المغلي جـ ١٠ ص ٣٤٥ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ٩٨ بتصرف .

(٤) النمر الداني ص ٤٢٩ .

(٥) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠ ، بداية جـ ٢ ص ٤٢٢ .

(٦) المغني جـ ٨ ص ٣٠٠ .

(٥) والظاهرية :

" لا يوجبون قوداً في جناية الصبي العمد ، ولا يوجبون دية ، ولا ضماناً لا عليه ، ولا على عاقلته لا في العمد ، ولا في الخطأ ، ويقول ابن حزم : " ولا قود على مجنون فيما أصاب في جنونه ، ولا على سكران فيما أصاب في سكره المخرج له عن عقله ولا على من لم يبلغ ، ولا على أحد من هؤلاء دية ، ولا ضمان ، والبهاائم ، وهؤلاء سواء " (١) .

❀ والذي يراه الباحث أن الصبي إذا علم له مال فتجب دية ما جناه في ماله إذا كان عامداً أما إذا كان خطأ فتحمل العاقلة معه الدية ، أو بعبارة جامعة : " أن دية العمد تجب في مال الجاني وحده - إذا كان بالغاً عاقلاً إلخ - ولا تحملها العاقلة ، لأن الأصل في كل إنسان أن يسأل عن أعماله الشخصية المدنية كالإتلافات ، والجنايات كالجرائم ، ولا يسأل عنها غيره لقوله ﷺ : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ (٢) ، ﴿ لا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (٣) ، ويؤيده ما جاء في السنة من قوله ﷺ : " لا يجني جان إلا على نفسه " (٤) .

أما العمد الصادر من الصبي فالجمهور أن الدية على عاقلته ، لأن عمد الصبي وخطؤه سواء ، وقال الشافعية : " الأظهر أن عمد الصبي عمد إذا كان مميزاً ، وإن لم يكن له تميز فهو خطأ قطعاً ، أي أنه سواء أكان مميزاً أم غير مميز لا قصاص عليه لعدم تكليفه بالحلال والحرام شرعاً ، لكن تجب الدية في ماله إذا كان مميزاً ، ولا تتحملها عنه عاقلته ، والمقصود برفع القلم هو رفع الإثم ، والخرج لا رفع وجوب الحقوق المالية ، أو الجنائية " (٥) .

نعم مال الصبي محرم إلا بحقه ، والدية حق واجب ثابت في أموالهم فيجب دفعها إن وجد لهم مال .
وأما حديث رفع القلم - وهو حديث صحيح - إنما هو رفع الإثم والمؤخذاة لا رفع ما يجب في أموالهم كما سبق (٦) ، والله أعلم .

(١) اخلي جـ ١٠ ص ٣٤٤ .

(٢) سورة المدثر آية ٣٨ .

(٣) سورة النجم : الآية ٣٨ .

(٤) رواه أحمد وأبو ماجه والترمذي وصححه من حديث عمرو بن الأحوص في حجة الوداع .

(٥) مغني المحتاج جـ ٤ ، ١٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(٦) الاختيار جـ ٤ ص ٩٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٠٨ .

٩- إجماع على ما في

حديث عمرو بن حزم من معاني وفقه

قال أبو عمر : وفي إجماع العلماء في كل مصر على معاني ما في حديث عمرو بن حزم دليل واضح على صحة الحديث وأنه يستغنى عن الإسناد لشهرته عند علماء المدينة وغيرهم (١) .

وحديث عمرو بن حزم رفضه جملة ولم يصح عنده شيء منه الإمام أبو حنيفة يقول أثناء حديثه عن دية العين : " قد ذكرنا أن دية العين والعينين لم يأت إلا في صحيفة عمرو بن حزم ، وخبر رجل من آل عمر وخبر مكحول ، وطاوس ، وكلها لا يصح منها شيء " (٢) .

وكرر في مواضع عدة من المحلى في أثناء حديثه عن أحكام القصاص والديات عدم صحة كتاب عمرو بن حزم (٣) هذا من حيث الجملة أما الأحكام التفصيلية الموجودة في كتاب عمرو بن حزم فكثير منها لم يجمع عليه العلماء (٤) .

وهو يقصد الحديث الذي رواه النسائي وغيره عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ : [" كتب إلى أهل اليمن كتاباً ، وكان في كتابه أن من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة فإنه قود إلا أن يرضه أولياء المقتول وأن في النفس الدية مائة من الإبل وأن في الأثف إذا أوعب جدعه الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المنقلة خمسة عشر من الإبل ، وفي كل إصبع من أصابع اليد ، والرجل عشر من الإبل ،

١

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٨ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٤١٠ .

(٣) انظر المحلى جـ ١٠ ص ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤٤٢ ، ٤٤٨ ، ٤٥٠ .

(٤) راجع مثلاً الاختلاف في الشفتين ، ودية الذكر ، والاختلاف في دية الأصابع .

وفي السن خمس من الإبل وفي الموضحة خمس من الإبل ، وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار " [رواه النسائي] ، وقال وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهري مرسلاً ^(١) .

أما جمهور العلماء فعلى القول بحديث عمرو بن حزم وإن اختلفوا في بعض معانيه - ولم يجمعوا عليها كلها كما سبق .

يقول بهاء الدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي ت ٦٢٤ صاحب العدة شرح العدة : " كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه إلا قليلاً " ^(٢) .

واعتبر ابن رشد هذا الكتاب ، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده هما الأساس في ديات ما دون النفس وقد نقل ابن قدامة قول ابن عبدالبر وقال : " كتاب عمرو بن حزم عند الفقهاء وما فيه متفق عليه عند العلماء إلا قليلاً " ^(٣) ، والله أعلم .

(١) انظر سنن النسائي ج ٨ ص ٥٧ ، وانظر ليل الأوطار ج ٧ ص ٥٧ وما بعدها ، سبل السلام ج ٣ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، المغني ج ٨ ص ٢٨٩ ، المحلى ج ١٠ ص ٤١٨ وما بعدها .

(٢) العدة ص ٤٥٠ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١٩ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٣٤٠ .

١٠ - الدية على

أهل الذهب ألف دينار

قال أبو عمر : " لم تختلف الروايات عن عمر في الذهب إن الدية منه ألف دينار ، ولا اختلف العلماء قديماً ، وحديثاً ، وقد روى ذلك عن النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم " (١) .

وفي هذا الإجماع نظر يقول ابن رشد : " وأما أهل الذهب ، والورق فإنهم اختلفوا فيما يجب من ذلك عليهم ... وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت " (٢) .

وهذا يعني أن المائة بعير قد تزيد عن الألف دينار ، وقد ثقل ، وهذا ما حدث أيام النبي ﷺ فقد روى عن عمر وابن شبيب عن أبيه عن جده أنه قال : كانت الديات على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين (٣) .

كان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضي الله عنه فقام خطيباً فقال : ألا إن الإبل قد غلت قال : فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلي مائتي حلة ، ويؤكد من المعقول أن ما ضمن بنوع من المال ، وتعذر وجبت قيمته (٤) .

هذه هي حجة الشافعية أما الجمهور ، فعلى جعل الدية على أهل الذهب ألف دينار دون زيادة ، أو نقصان .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٢ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١١ .

(٣) أخرجه أبو داود كتاب الديات باب الدية كم هي جـ ٤ ص ١١٤ ، مصنف عبد الرزاق جـ ٩ ص ٢٩٠ ، ٢٩٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١١ ، المغني جـ ٨ ص ٢٩١ الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٠٣ .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٠٣ .

(١) يقول عبد بن محمود الموصلي :

" بعد أن ذكر الدية المغلظة وغير المغلظة من الإبل " ، " أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم " (١) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد : " فقال مالك وعلى أهل الذهب ألف دينار " (٢) .

(٣) وعند الحنابلة :

يقول ابن قدامة : " وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : " ألا إن الإبل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينار " (٣) .

(٤) وعند الظاهرية :

" أنها ألف دينار بعد أن ذكر الخلاف في الدراهم وهل هي اثنا عشر ألف أو أنها عشرة آلاف ؟ وانفقت الطائفتان على أنها على أهل الذهب ألف دينار " (٤) .

والرأي الراجح الذي يميل إليه الباحث هو رأي الشافعية أنها مائة من الإبل بالغة ما بلغت دون التقيد بعدد معين من الدنانير ، أو الدراهم ، وهذا الذي فعله عمر بن الخطاب لما غلت الإبل فقومها على أهل الذهب ، والفضة .

وقد جاء التصريح بأن الأصل هو الإبل ، وما عداها يؤخذ تقويماً ومعادلة على تقدير مائة من الإبل فقد روى أبو داود النسائي وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواية أخرى كان رسول الله ﷺ يقوم دية الخطأ على أهل القرى أربع مائة دينار ، أو عدلها من الورق يقومها على أثمان الإبل فإن غلت رفع قيمتها (٥) .

(١) الاختيار ج٤ ص ٩١ .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٤١١ .

(٣) المغني ج٨ ص ٢٩١ .

(٤) المحلى ج١٠ ص ٣٦٠ .

(٥) سنن أبي داود كتاب الديات باب (ديات الأعضاء) ج٤ ص ١٨٩ ، مصنف عبد الرزاق ج٩ ص ٢٩٤ ،

سبل السلام ج٣ ص ٤٦١ وما بعدها .

والدليل المعقول الذي ذكرناه آنفاً ، وهو أن ما ضمن بنوع من المال ، وتعذر وجبت قيمته كذوات الأمثال ^(١) .

أن ابن كثير قال في مسند عمر بن الخطاب ، إسناده جيد وقوى، حجة في هذا الباب وغيره ^(٢) ، والله أعلم .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ج٦ ص ٣٠٣ .

والمثليات : هي المكيلات (حنطة ، شعير) والموزونات " قطن ، حديد " والعديدات المتقاربة " جوز - بيض " والذريعات كالقماش السابق ج٦ ص ٣٠٣ .

(٢) نقلاً عن تفسير النصوص ص ٣٤٠ ، انظر أيضاً نصب الراية للزيلعي ج٤ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، وحديث عمرو بن شعيب السابق صحيح حيث ذكره الدكتور/رويعي الزحيلي في فقه عمر بن الخطاب ج٢ هامش ص ٢٨٨ .

١١ - الدية على أهل

الورق اثنا عشر ألف درهم

قال أبو عمر : " وأما الورق فلا خلاف في مبلغ الدية منه قديماً وحديثاً وفيها أثر عن النبي ﷺ عن عكرمة قال قضى النبي ﷺ لرجل من الأنصار ، قتله مولى لبنى عدى بالدية اثني عشر ألف درهم " (١) .

وهذه الدعوى لا تصح فقد ذكر الإمام ابن حزم خلافاً فيها يقول : " ثم اختلف هؤلاء : فقالت طائفة هي على أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ، وقالت طائفة : بل عشرة آلاف درهم " (٢) .

ويقول في موضع آخر : " وأما اختلافهم في مقدار الدية من الورق ، فطائفة قالت : إنها اثنا عشر ألف درهم ، رويناه ذلك من طريق ابن أبي الزناد عن أبيه عن السبعة ، وريناه أيضاً من طريق ابن وهب عن مخرمة بن بكير عن أبيه أنه قال له ذلك ، وصح عن عروة بن الزبير ، والحسن البصري وهو قول مالك ، وأحمد ، وإسحاق ، وأما الذين قالوا : عشرة آلاف درهم فروينا من طريق حماد بن سلمة عن حميد قال : كتب عمر بن عبدالعزيز في الدية عشرة آلاف درهم وهو قول سفيان الثوري ، وأبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور ، وقالت طائفة : بل هي ثمانية آلاف درهم " (٣) .

وقد ذكر الإمام ابن رشد أن هذه المسألة خلافية أيضاً موضحاً سبب الخلاف يقول : " وأما أهل الذهب ، والورق فإنهم اختلفوا أيضاً فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ، وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي بمصر : " لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت " .

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ١٢ .

(٢) المغلي ج ١٠ ص ٣٩٠ .

(٣) المغلي ج ١٠ ص ٣٩٠ .

وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضاً عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم ^(١) .

✽ ويرى الباحث أن رأي الشافعية هو الصواب وأن الدية تقوّم بالإبل مائة بالغة ما بلغت يقول ابن رشد مصوراً حجة الشافعي : " وأما الشافعي فيقول : إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثني عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : كانت الديات على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال : إن الإبل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة إلخ " ^(٢) ، وهذا الذي ذكره ابن رشد عن الشافعي هو الأولى بالصواب ، والله أعلم .

(١) بداية المجتهد جـ ٢٣ ص ٤١١ ، راجع نصب الراية جـ ٥ ص ٣٦٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٩٥ ، المهذب

جـ ٢ ص ١٩٥ وما بعدها ، المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٨٩ وما بعدها ، الروض المربع للبهوتي ص ٤٧٨

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٦ ، ٥٧ ، ط الحلبي .

١٢ - الدية في ثلاث

سنين لا تزيد عن ذلك

قال أبو عمر : " أجمع العلماء قديماً وحديثاً أن الدية على العاقلة لا تكون إلا في ثلاث سنين " (١) ،

وقال أيضاً ولم يختلف أنها - أي الدية - على العاقلة في ثلاث سنين (٢) .

فهو هنا يتحدث عن دية القتل الخطأ ، وأنها لا تزيد عن ثلاث سنين .

وهذا الإجماع لا يصح فقد ورد عن مالك أنه سمع أن الدية تقطع في ثلاث سنين ، أو أربع ، والثلاث أحب إليّ .

ففي تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى للإمام جلال الدين السيوطي : " وحدثني يحيى عن مالك أنه سمع أن الدية تقطع في ثلاث سنين ، أو أربع سنين ، قال مالك ، والثلاث أحب ما سمعت إليّ في ذلك " (٣) .

هذا ويتفق فقهاء المذاهب الأربعة أنها في ثلاث سنين لا تزيد عنها خلا ما سمعه الإمام مالك في الرواية السابقة عنه .

(١) يقول الأحناف :

الكاملة : أي الدية الكاملة لمسلم ، أو غيره ذكراً ، أو أنثى عن نفس أو طرف تنجم في ثلاث سنين أولها من يوم الحكم فيبدأ التجريم منه على المشهور (٤) .

(١) الاستذكار ج٥ ص ٢٢١ .

(٢) الاستذكار ج٥ ص ٣٧ .

(٣) تنوير الحوالك ج٢ ص ١٨١ .

(٤) الاختيار لتعليل المختار ج٤ ص ١٠٣ .

(٢) يقول المالكية :

وتتجم الدية على العاقلة في ثلاث سنين ، وثلاثها في سنة ونصفها في سنتين ^(١) .

(٣) يقول الشافعية :

وتؤجل - أي الدية - على العاقلة دية نفس كاملة ثلاث سنين في كل سنة ثلاث ^(٢) .

(٤) وعند الحنابلة :

يقول منصور البهوتي : " ويؤجل ما وجب شبه العمد والخطأ على ثلاث سنين " ^(٣) .

(٥) أما الظاهرية :

فالدية عندهم حالة غير مؤجلة لا في العمد ولا في الخطأ يقول ابن حزم : " وهي في الخطأ على عاقلة القاتل ، وأما في العمد في مال القاتل وحده وهي في كل ذلك حالة - أي غير مؤجلة - العمد والخطأ سواء لا أجل في شيء منها " ^(٤) .

وبهذا يتضح أيضاً أن دية الخطأ عند الظاهرية حالة ، وليست مؤجلة لا في ثلاث سنين ولا في أقل ولا في أكثر .

❦ والذي يراه الباحث أن الدية في القتل الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين اكتفاء بما ورد من النصوص وبحسب الاتفاق بين ولي الدم ، والقاتل قال ابن قدامة : " وتخالف الدية سائر المتلفات ، لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم ، وقد روى عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعاً " ^(٥) .

(١) النمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ/صالح عبدالسميع الأبى الأزهري .

(٢) السراج الوهاج شرح المنهاج ص ٥٠٨ .

(٣) الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٤٨٥

(٤) المغلي ج ١ ص ٣٨٨ .

(٥) المغني ج ٨ ص ٢٩٥ ، تنوير الحوالك ج ٢ ص ١٨١ .

وقد أورده مالكٌ بلاغاً عن عمر رضي الله عنه ^(١) كذلك لا يصح قول ابن حزم الظاهري الذي سوى فيه بين دية العمد ودية الخطأ وجعلهما معجنتين !! لأن الإسلام شرع الدية على العاقلة كنوع من المواساة كما يقول ابن قدامة كما سبق فما الداعي لجعلها حالة على العاقلة ؟ ! فهذا ما لا يقول به منصف ^(٢) .

والعجيب حقاً من الحافظ ابن عبد البر أنه كان يعلم برواية مالك هذه فقد قال في الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٧ ، " قال مالك أنه سمع أن الدية تقطع في ثلاث سنين أو أربع والثلاث أحب إلى قول أبو عمر : هذا ما لا خلاف فيه بين العلماء أن الدية في الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين .

فهو يريد بهذا القضاء على الخلاف بذكر عيون المسائل المجمع عليها ، أو التي حصل فيها اتفاق .

وذلك لأن ابن عبد البر ولد في عصر كثرت فيه الفتن والاختلافات فأراد جمع كلمة المسلمين بتوظيف مسائل الإجماع للعودة إليها في الأحكام الجنائية والمدنية خاصة وقد نجح في هذا إلى حد بعيد وتابع خطواته ابن رشد والقرطبي وغيرهم وهذا يدل على أثره في تطوير المذهب المالكي كما مرّ ، ولكن المسألة فيها التفصيل السابق ، والله أعلم .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٠٧ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٢٩٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣١٠ .

١٣ - العاقلة

تحمل دية الخطأ كاملة

قال أبو عمر عن الاختلاف في مبلغ ما تحمله العاقلة من ديات الجراحات في الدماء بعد إجماعهم أن العاقلة تحمل دية المؤمن المقتول خطأ ذكراً أو أنثى^(١).

وقال ص ١٨١ " قد تقدم ذكر إجماع العلماء على أن العاقلة تحمل الدية كاملة في قتل المؤمن الحر خطأ ذكراً كان أو أنثى .

واختلفوا في مبلغ ما تحمله من ديات الجراحات في الدماء بعد إجماعهم أن العاقلة تحمل دية المؤمن المقتول خطأ ذكراً ، أو أنثى^(٢) .

العاقلة لغة : العاقلة هم دافعوا الدية جمع عاقل وسميت الدية عقلاً ؛ لأن الدية كانت تعقل بفناء ولي القاتل ، ثم شاع استعمال اللفظ حتى أطلق على الدية ، ولو لم تكن إبلاً ، وسميت الدية بهذا الاسم ، لأنها تعقل لسان ولي المقتول ، وقيل لأن العاقلة تمنع عن القاتل ، والعقل المنع ، وإنما سمي العقل عقلاً لأنه يمنع الإقدام على المضار^(٣).

والعاقلة شرعاً : هم عصابة القاتل (أي أسرته) وعشيرته ، وقراباته من جهة الأب الذين لا تتوسط في قرابته لهم أنثى ، فيخرج الأخوة لأم والزوج وسائر ذوي الأرحام من تحمل دفع الدية^(٤) .

وذكر الإمام ابن قدامة : المسألة الخامسة : أنها لا تحمل ما دون الثلث ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وبه قال الزهري وقال لا تحمل الثلث أيضاً لنا : ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ؛ ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٨٢ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٨١ .

(٣) فتح الباري جـ ٢ ص ٢٥٦ ، لسان العرب مادة عقل ، المغني جـ ٨ ص ٣٠٠ .

(٤) تفسير النصوص ص ٣٨٩ ، المغني جـ ٨ ص ٣٠٠ .

موجب جنابته وبذل مثله فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات ، وإنما خولف في
الثالث فصاعداً تخفيفاً على الجاني ليكون كثيراً يجحف به ، قال النبي ﷺ : "الثالث
كثير ف فيما دونه يبقى على قضية الأصل ومقتضى الدليل ، وهذا حجة على
الزهري ، لأن النبي ﷺ جعل الثالث كثيراً (١) .

(١) يقول عبدالله بن محمود الموصلي :

" لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا اعترافاً ولا صلحاً ولا ما دون أرش
الموضحة " ولأن التحمل على العاقلة إنما كان تحرزاً عن الإجحاف وهو في
الكثير دون القليل ، والقدر الفاصل بينهما ورد به الشرع " (٢) .

(٢) يقول ابن أبي زيد :

" وأما المأمومة ، والجائفة عمداً فقال مالك ذلك على العاقلة ،
وقال أيضاً : إن ذلك في ماله إلا أن يكون عديماً فتحمله العاقلة ، لأنهما
لا يقاد من عمدها وكذلك ما بلغ ثلث الدية مما لا يقاد منه " (٣) .

(٣) يقول النووي :

" دية الخطأ وشبه العمد تلزم العاقلة (٤) .

(٤) يقول البهوتي :

" ولا تحمل العاقلة أيضاً ما دون ثلث الدية التامة أي دية ذكر
حر مسلم لقضاء عمر أنها لا تحمل شيئاً حتى يبلغ عقل المأمومة " (٥) .

(٥) ويقول ابن حزم :

" وهي في الخطأ على عاقلة القاتل " .

وبهذا يتبين عدم حجة ما ادعاه ابن عبدالبر من إجماع ، وكان عليه أن
يذكر " إلا إذا زادت عن الثلث لوجود الخلاف السابق فيها ، والله أعلم .

(١) المغني ج٨ ص ٣٠١ .

(٢) الاختبار ج٤ ص ١٢٦ .

(٣) الثمر الداني ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ .

(٤) السراج الوهاج ص ٥٠٧ .

(٥) الروض المربع ص ٤٨٥ .

١٤ - الدية لا تكون

في أقل من ثلاث سنين

قال أبو عمر : " أجمع العلماء قديماً وحديثاً أن الدية على العاقلة لا تكون إلا في ثلاث سنين ولا تكون في أقل منها " (١) .

تكلّمنا في مسألة سابقة عن كون الدية في ثلاث سنين ، وقلنا إن هذا الإجماع لا يصح لوجود مخالفة عن مالك وأنه سمع أنها في أربع سنين (٢) .

وهنا نتحدث عن تعجيل الدية في أقل من ثلاث سنين ، لأن الأحناف عندهم تفصيل في دية العمد إذا كانت الدية واجبة بطريق الصلح فهي حالة إلا أن يصطلحوا على التأجيل ، وإن وجبت الدية في العمد بسبب مسقط للقصاص فهي مؤجلة مثل الخطأ .

(١) قال القُدوري (٣) :

" وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ما له في ثلاث سنين .

وهذه لسقوط القصاص بين الأب وابنه ، وقال الكاساني : " ولا خلاف في أن بدل الصلح عن دم العمد يجب في ما له حالاً لأنه لم يجب بالقتل ، وإنما وجب بالعقد فلا يتأجل إلا بالشرط كضمن المبيع ونحو ذلك " (٤) .

وقال الجصاص : " ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب دية الخطأ في ثلاث سنين قال أصحابنا كل دية وجبت من غير صلح ، فهي في ثلاث سنين " (٥) ، والظاهرية أيضاً عندهم الدية حالة في العمد ، والخطأ ، وليست مؤجلة .

(٢) ولم يختلف جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين ، وأن دية العمد حالة إلا أن يصطلحوا على التأجيل .

(١) الاستذكار ج٥ ص ١٢١ ، وهو هنا يتحدث عن دية الخطأ لأن العاقلة لا تحمل دية العمد كما هو معروف .

(٢) المرطأ ج٢ ص ١٨١ ، وشرحه تنوير الحوالك .

(٣) مختصر القُدوري ص ١٨٩ ، الاختيار ج٤ ص ٩٢ .

(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ .

(٥) أحكام القرآن ط المكتبة التجارية ج٢ ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ .

(١) قال الدردير عن الدية :

" الكاملة في ثلاث سنين من يوم الحكم ... ثم قال : "والمثلثة حالة " ، ويعني به أن دية العمد تكون في الحال (١) .

(٢) وقال الشافعي :

في تحمل العاقلة ما يجنى الصبي ، والمجنون عمداً " إن النبي ﷺ قضى أن تحمل العاقلة دية الخطأ في ثلاث سنين فلو قضينا بها إلى ثلاث سنين خالفنا دية العمد لأنها حالة (٢) .

(٣) قال في العدة :

عن الدية : " وتكون حالة في مال القاتل وإن كان شبه عمد فذلك في أسنانها وهي على العاقلة في ثلاث سنين في رأس كل سنة ثلثها " (٣) .

(٤) وقد ذهب الظاهرية :

إلى أن دية الخطأ والعمد تكون حالة قال ابن حزم : " وهي في كل ذلك حالة العمد والخطأ سواء لا أجل في شيء منها فمن لم يكن له مال ولا عاقلة فهي في سهم الغارمين في الصدقات وكذلك من لم يعرف قاتله والدية في العمد والخطأ أخماس ولا بد (٤) . وهم بذلك يخرقون ادعاء ابن عبد البر الإجماع في هذه المسألة .

(٣) ويستدل الأحناف : على صحة قولهم بأن الأصل أن تكون الدية مؤجلة كدية الخطأ وشبه العمد ، وإذا كان التغليظ هنا ممتعاً قدرأ فيمتنع وصفاً .

قال المير غينائي ت ٥٩٣ هـ : " لنا إنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لأن القياس يأبى تقوُّم الأدمى بالمال لعدم التماثل ، والتقويم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً فلا

(١) الشرح الصغير ج٤ ص ١٠٢ .

(٢) مختصر المزني الملحق بالأم ج٨ ص ٣٦٣ ، السراج الوهاج ص ٥٠٨ ، ٥٠٩ .

(٣) العدة شرح العمدة ص ٤٣٧ ، ٤٣٨ .

(٤) المحلى بجزء ١٠ ص ٣٨٨ .

يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجز وصفاً (١) .

❁ وقول الحنفية مبني على قاعدتين :

أ - أن الأصل في الدية أنها مؤجلة ثلاث سنين حتى حكى ابن عبد البر الإجماع عليها ، وقد دعم الجصاص ذلك بما يرويه عن الأشعث عن الشعبي ، والحكم عن إبراهيم قال : أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب ، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين (٢) .

ب - أنه لما لم يزد في الدية التي وجبت من غير بدل صلح في قدرها فلا يصح أن يزداد في وصف وجوبها ، وإذا كان الأصل في الدية أن تكون مؤجلة ، فلماذا يستثنى من ذلك الدية التي تجب ببذل الصلح ، ولهم تعليل مقبول في ذلك وهو أنه لم يجب بالقتل ، وإنما وجب بالعقد فلا يتأجل إلا بالشرط كضمن المبيع ونحو ذلك (٣) .

(٤) أما قول الجمهور بأن دية العمد حالة فأدلتهم :

أ - كون الدية بدلاً عن المقتول فتأخذ حكم بدل المتلفات (٤) .
ب - الدية في العمد بدلاً من القصاص فتجب في الحال لأن القصاص يجب حالاً (٥) .

(٣) أن الدية تؤجل في ثلاث سنين تخفيفاً على الجاني ، وعصيته في الخطأ وشبه العمد ولا ينبغي التخفيف على الجاني في العمد بل يجب التغليظ عليه ولذلك فإنها تجب في ماله (٦) .

(١) تكملة فتح القدير لقاضي زاده جـ ١٠ ص ٢٩٨ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٢٧ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٦٢ وما بعدها .

(٤) المغني جـ ٨ ص ٢٩٧ .

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣١٩ .

(٦) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

والراجح أن ذلك متروك لتقدير القاضي حسب حالة الجاني من إيسار وإعسار ، وحسب اعتبار الجاني للجريمة ، أو أنها السابقة الأولى في حياته بما يحقق المصلحة العامة والحفاظ على حياة الأمنين ^(١) .

أو نستطيع أن نقول وبعبارة جامعة بأن ابن عبد البر لو كان يتحدث عن دية العمد وأنها لا تكون في أقل من ثلاث سنين فهذا الإجماع لا يصح لأنها عند الأحناف والحنابلة والشافعية والظاهرية تكون حالة ، وإن كان يتحدث عن دية الخطأ فهذا الإجماع أيضاً لا يصح ، لأن الظاهرية يجعلون الدية في العمد، والخطأ حالة دون تأجيل، والله أعلم .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ج٦ ص ٣٢٠ .

" ١٥ - لا تحمل العاقلة دية عمد "

قال أبو عمر : عن ابن عباس قال : " لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ، ولا مخالف له من الصحابة " (١) .

لكن في بداية المجتهد ما يوحي بأن المسألة خلافية قال ابن رشد : " أما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روي عن ابن عباس ، ولا مخالف له من الصحابة أنه قال : " لا تحمل العاقلة عمداً ، ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد " (٢) .

هكذا عبر بالجمهور بما يوحي بوجود مخالفة لهذا الجمهور وفي المغني تأكيد لهذا الكلام قال ابن قدامة : " أنها - العاقلة - لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه ، أو لا يجب ، ولا خلاف أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص ، وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال وحكى عن مالك أنها الجنايات التي لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة (٣) ، وهذا قول قتادة لأنها جناية لا قصاص فيها أشبهت جناية الخطأ (٤) .

فتعبير الإمام ابن قدامة بقول أكثر أهل العلم يدل على أنه يعلم خلافاً في المسألة ، وقد ذكر خلافاً عن الإمام مالك في الجنايات التي لا قصاص فيها بجانب أن هناك اعتراض آخر ، وهو أن جمهور الفقهاء قسموا القتل إلى عمد ، وخطأ ، وشبه عمد ، وأوجبوا لكل نوع أحكاماً .

(١) فالعمد :

هو أن يعمد إلى ضربه بما يقتل غالباً فيجب القود عليه ، فإن عفا عنه وجبت دية مغلظة حالة في مال القاتل .

(١) التمهيد ج٤ ص ٣٧٩ ، ٣٦٦ وقد قال فيه الذي عليه عامة الفقهاء أن العاقلة لا تحمل عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً . وراجع الاستذكار ج٥ ص ٧٨ .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٤١٢ .

(٣) ذكرنا أنها يجب فيها القصاص واخبرنا هذا الرأي وهو رأي الشيخ / محمد أبي زهرة .

(٤) المغني ج٨ ص ٣٠٠ .

(٢) والخطأ المحض :

أن يرمي إلى شيء فيصيب رجلاً ، فيقتله فلا قود عليه بل تجب دية مخففة على العاقلة مؤجلة .

(٣) وعمد الخطأ :

شبه العمد أن يقصد إلى ضربه بما لا يقتل غالباً ، فيموت فلا قود عليه ، بل تجب دية مغلظة على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين ^(١) .

وهذا النوع الأخير أنكره الإمام مالك والليث بن سعد والظاهرية قال ابن حزم : " وادعى قوم أن ههنا قسماً ثالثاً وهو عمد الخطأ ، وهو قول فاسد لأنه لم يصح في ذلك نص أصلاً " ^(٢) .

وثمرة هذا الخلاف تظهر في أن منكري شبه العمد يجعلونه من العمد حيث اعتبر الإمام مالك ووافقه الليث الضرب الذي يفضي إلى الموت من العمد ، ولو كان بالعصا ، أو اللطمة يقول القرطبي : " فمن قتل عندهما بما لا يقتل مثله غالباً كالعضة ، واللطمة ، وضربة السوط ، والقضيب وشبه ذلك فإنه عمد وفيه القود " ^(٣) .

وبهذا تجب الدية في شبه العمد الذي اعتبر عندهم عمداً في مال الجاني حالة مغلظة .

أما الجمهور فاعتبر أن شبه العمد من الخطأ فتجب فيه الدية على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنوات ، وبهذا تظهر ثمرة الخلاف في هذه النقطة في اعتبار الدية في مال الجاني ، أو على العاقلة فالمسألة فيها تفصيل لذا لا يصح ما ادعاه ابن عبد البر من إجماع فيها .

وأظن أن ذلك - والله أعلم - هو الذي دفع ابن رشد ، وابن قدامة إلى التعبير بالجمهور ، وهما محققان في ذلك هذا وقد جعل الجمهور دية العمد في مال الجاني ولا تحمل العاقلة عمداً بحال .

(١) غاية الاختصار للقاضي أبي شجاع ت ٤٨٨ هـ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٣٤٣ .

(٣) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٨٩٩ .

(١) فعند الأحناف :

" لا تعقل العاقلة عمداً " (١) .

(٢) وعند المالكية :

" وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة " (٢) .

(٣) وعند الشافعية :

" أيضاً لا تحمل العاقلة عمداً " (٣) .

(٤) وعند الحنابلة :

يصور ابن قدامة رأيهم قائلاً أثناء تعليقه على قول مالك بحمل العاقلة الجنايات التي لا قصاص فيها ، ولنا حديث ابن عباس ، ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الأب على ابنه ، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له ، والعمد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة ، فلم يوجد فيه المقتضى ، وبهذا فارق العمد الخطأ (٤) .

(٥) يقول ابن حزم :

" وأما في العمد فهي في مال القاتل وحده " (٥) ، والله أعلم .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١٢ .

(٣) السراج الوهاج ص ٥٠٧ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٣٠٠ .

(٥) المحلى ج ١٠ ص ٣٨٨ .

" ١٦ - لا تحمل العاقلة اعترافاً "

هذه المسألة مرتبطة بالسابقة لأنها سيقَت في نفس السياق قال أبو عمر : " عن ابن عباس قال : لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مخالف من الصحابة " (١) .

وفي هذا الإجماع أيضاً نظر ، لأن الأحناف عندهم تفصيل في هذه المسألة حيث أوجبوا الدية على عاقلته إذا اعترف وصدقوه أو وافقوا على إقراره هذا .

يقول عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ت ٦٨٣ : " ولا تعقل العاقلة ما اعترف به الجاني إلا أن يصدقوه لما روينا يقصد رواية ابن عباس - ولأنه لا يلزمهم إقراره عليهم ، إذ لا ولاية له عليهم ، فإذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم " (٢) ، أما عند الجمهور فالقول ما حكاه ابن عبد البر من أن العاقلة لا تحمل (اعترافاً) .

(١) فالمالكية :

على ذلك " لا تحمل العاقلة عمداً ، ولا اعترافاً ، ولا صلحاً " (٣) .

(٢) وعند الشافعية :

" ولا تحمل العاقلة الاعتراف " (٤) .

(٣) يقول الخرقي :

" مسألة : والعاقلة لا تحمل العبد ، ولا العمد ، ولا الصلح ، ولا الاعتراف " (٥) .

(١) الاستذكار ج ٢ ص ١٣٥ .

(٢) الاختيار ج ٤ ص ١٢٦ ، راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧٧ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١٢ .

(٤) السراج الوهاج ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ .

(٥) المغني ج ٨ ص ٢٩٩ .

(٤) وهو كذلك رأي الظاهرية (١) .

✽ ويرى الباحث أن رأي الجمهور هو الأقرب إلى روح النصوص يقول ابن قدامة مصوراً رأي الجمهور : " المسألة الرابعة ' أنها لا تحمل الاعتراف ، وهو أن يقر الإنسان على نفسه خطأ ، أو شبه عمد فتجب الدية عليه ، ولا تحمله العاقلة ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وبه قال ابن عباس ، والشعبي ، والحسن ، وعمر بن عبدالعزيز ، والزهري..... وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ، ولا يقبل إقرار شخص على غيره ، ولأنه يتهم في أن يوطئ من يقر له بذلك ليأخذ الدية من غاقلته فيقاسمه إياها إذا ثبت هذا فإنه يلزمه ما اعترف به (٢) ، والله أعلم .

(١) المحلى ج ١٠ ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٣٠١ .

١٧- دية المرأة

مثل/نصف دية الرجل

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن دية الحرة المسلمة على النصف من دية الحر المسلم ، وعند النظر في أدلة الجمهور نجد أن جماعة منهم قد حكوا الإجماع على ذلك دون الاستدلال بحديث عن رسول الله ﷺ ومن هؤلاء الإمام الشافعي ، والكاساني ، وابن رشد ، والقرطبي، وغيرهم^(١).

ومن هؤلاء الذين حكوا الإجماع ابن عبد البر قال : " وأجمعوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل " ^(٢) .

وهذا الإجماع لا يصح ، لأن ما فيها نوع من الإجماع السكوتي فالذين نقل عنهم القول بالتصنيف كما يقول الكاساني : " عمر ، وسيدنا علي ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد فيكون إجماعاً " ^(٣) ، و زاد الشيرازي على هؤلاء الأربعة ابن عباس وابن عمر ^(٤) .

لكن قد اختلف على هؤلاء الصحابة فروى عنهم خلاف ذلك يقول الدكتور/ روعي الزحيلي : " إن الباجي نقل أن الرواية اختلفت عن عمر في ذلك فهو يقول : واختلف عن عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، فروى عنهما بإسناد ضعيف أن المرأة على دية الرجل في القليل والكثير " ^(٥) .

وقد خالف هذا الإجماع من الفقهاء ابن علية وأبو بكر الأصم كما نقله ابن قدامة ، ووصفه بالشذوذ ^(٦) .

(١) تفسير النصوص أ.د/ إسماعيل سالم رحمه الله ص ٣٤٨ مراجعه .

(٢) الاستدكار ج٢ ص ٦٢ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص ٤٦٠ وما بعدها ، تفسير النصوص د/إسماعيل سالم ص ٣٤٨

(٤) المهذب ج٢ ص ١٩٨ ، تفسير القرطبي ص ٣٤٨ .

(٥) فقه عمر بن الخطاب د/ روعي الزحيلي ج٢ ص ٤٧٢ نقلاً عن تفسير النصوص ص ٣٤٩ .

(٦) المغني ج٨ ص ٣٦٤ ، تفسير النصوص ص ٣٤٩ ، إسماعيل بن علية أبو بشر مفسر محدث فقيه ولد ١١٦ هـ وتوفي ١٩٣ هـ ترجمته معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ج٢ ص ٢٨٣ .

❖ والقول بالتنصيف هو قول المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري :

(١) يقول الكاساني :

" فدية المرأة على النصف من دية الرجل " (١) .

(٢) يقول ابن أبي زيد :

" ودية المرأة على النصف من دية الرجل " (٢) .

(٣) وقال الشيرازي :

" ودية المرأة نصف دية الرجل " (٣) .

(٤) قال الخرقي :

" ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم " (٤) .

(٥) وابن حزم :

" يجعل دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفوس ،
وفي الأعضاء " (٥) .

❖ فهذا هو رأي الجمهور وحجتهم .

(١) الإجماع وهو أقوى حجة عندهم ، فقد نقلنا قول الكاساني السابق
الرواية عن عمر ، وعلى وابن مسعود ، وزيد ابن ثابت رضي الله عنه ولم
ينكر عليهم أحد فيكون إجماعاً (٦) .

وهذا النقل عن الصحابة لا يسلم من الرد ، لأنه روى عنهم
خلاف ذلك ، وجعل علي ابن أبي طالب دية المرأة كدية الرجل (٧) .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٦٠ .

(٢) الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٤٢٥ .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ١٩٨ .

(٤) المغني جـ ٨ ص ٣١٤ .

(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٤٤٠ ، ٤٤١ .

(٦) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٦٠ ، وما بعدها ، تفسر النصوص ص ٣٤٨ .

(٧) تفسير النصوص ص ٣٤٩ .

بجانب أنه لو صح هذا لا يكون إجماعاً لأن الإجماع السكوتي فيه نظر يقول الغزالي : " إن السكوت ليس كالنطق ، وإذا أفتى بعض الصحابة بفتوى وسكت الآخرون لم ينعقد الإجماع ، ولا ينسب إلى ساكت قول " (١) ، فهذا الدليل لا اعتبار له فقد أنكر كثيرون حجية الإجماع السكوتي (٢) .

ويضاف إلى هذا أن أبا بكر الأصم وابن عليّة من الفقهاء المعبرين قد خالفوا هذا الإجماع المدّعي فدعوى الإجماع إذا لا تصح .

(٢) الدليل الثاني للجمهور دليل نقلي فابن قدامة يستشهد للجمهور - معقباً على قول ابن عليّة والأصم - " وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبي ﷺ فإن في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهي أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد ، فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم " (٣) .

وكذلك علق الدكتور/ وهبة الزحيلي في هامش ص ٣١٠ من ج ٦ بأنه لم يجد هذا الجزء في روايات حديث عمرو بن حزم .

وإنما أخرجه البيهقي عن معاذ بن جبل مرفوعاً وعن علي موقوفاً ، فأما الموقوف على علي فقد حكم عليه الزيلعي بأنه منقطع (٤) .

وأما المرفوع فقد ذكر البيهقي نفسه أن إسناده لا يثبت مثله (٥) ، فالحديث لا يثبت من جهة السند بل فيه ضعف ولو كان قوياً لاحتج به الذين اقتصروا على الإجماع وأما من جهة المتن فإن الحديث بلفظه " دية المرأة على النصف من دية الرجل ، يحمل في طياته احتمال ضعفه والطعن فيه فإن القرآن الكريم حين عبر

(١) المستصفى ج ٢ ص ٢١٩ .

(٢) العقوبة للشيخ / أبي زهرة ص ٥٧٢ ، تفسير النصوص ص ٣٥١ ، أصول الفقه للخضري ص ٣٤١ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٣١٤ ، لكن الحديث ليس في كتاب عمرو بن حزم كما ذكر ابن حجر في تلخيص الخبير ج ٤ ص ٢٤ .

(٤) نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٣ .

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٥٥ ، انظر تفسير النصوص لأستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم - رحمه الله - وتعليقه على ذلك بالهامش ص ٣٥١ .

عن تصنيف الميراث قال **رَبِّكَ** : **﴿الذكر مثل حظ الأنثيين﴾** ^(١) فاستخدم كلمة الأنثى دون المرأة لأن الأنثى تشمل البنت الصغيرة ، والشابة ، والمرأة المتزوجة كما أن كلمة الذكر تشمل الطفل ، والشاب ، والرجل ومن هنا كان عدم الدقة في التعبير بـ "الرجل والمرأة" في الدية احتمالاً لعدم صحة الحديث وإذا لم يكن النقد الموجه إلى لفظ الحديث صالحاً للطعن فيه فإنه صالح إلى أن ينضم إلى القول بضعف الإسناد وعدم ثبوته لتكون محصلة ذلك كلاماً في متن الحديث وفي سنده على السواء ^(٢) .

(٣) الدليل الثالث للجمهور أن دية المرأة تقاس على الميراث ، والشهادة فميراثها ، وشهادتها نصف ميراث الرجل ، وشهادته ، وهو ما نص عليه القرآن : **﴿الذكر مثل حظ الأنثيين﴾** ^(٣) ، وقوله **رَبِّكَ** : **﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾** ^(٤) ، وقد ذكر هذا الدليل الكاساني في البدائع جـ ٧ ص ٤٦١ والقرطبي في تفسيره ص ١٨٩٥ وغيرهما ^(٥) .

وهذا قياس غير صحيح ، فأما حكم الميراث بالنسبة للمرأة فليس مبنياً على نقصان إنسانيتها عن إنسانية الرجل ، بل هو مبني على اختلاف المسؤولية المنوطة بكل منهما ، فمسئولية الرجل توجب عليه المهر ، ومن مسؤوليته وجوب النفقة على الزوجة ، والأولاد ، ولو كانت الزوجة غنية وهو فقير فجميع ما تحتاجه المرأة من نفقة وكسوة على الرجل حتى أوجب الخادمة إذا كانت ممن يخدم : **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** ^(٦) ، ومن مسؤوليته إذا طلق امرأته نفقة على نحو ما وجبت للزوجة في حياتها الزوجية ، وكذلك المتعة كما قال القرآن : **﴿والمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾** ^(٧) ومن مسؤولية الرجل أن ينفق على والديه ، وأقاربه الفقراء ، وأن يتولى مواجهة الأزمات المالية دون

(١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) أحكام المرأة في القصاص والديات لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف عامر ص ١١١ ، ١١٢ نقلاً عن تفسير النصوص أ.د/ إسماعيل سالم ص ٣٥٢ .

(٣) سورة النساء . الآية ١١

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٥٢ .

(٥) انظر تفسير النصوص ص ٣٥٢ .

(٦) سورة الطلاق : الآية ٧ .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

وجوب ذلك على الزوجة إذن فهي المساواة التامة الإلهية المبنية على أساس اختلاف المسئوليات لا على اختلاف الجنس (١) .

ومما يدل على أن الميراث بين الرجل والمرأة لا يقوم أصلاً على الجنس ولا على نقصان إنسانية المرأة عن الرجل أنه سوى في بعض الحالات بينهما كما في الإرث بين الأخت ، والأخ لأم في حالة الكلالة : **﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو له أخت كليلة واحدة منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾** (٢) .

يقول الشيخ شلتوت : " بعد بيان الواجبات المفروضة في مال الرجل ، والتي ليست كذلك في مال المرأة : " و واضح جداً أن وضعهما في الميراث لا علاقة له بالإنسانية التي يشتركان فيها على حد سواء ، وإذن فمن خطأ النظر أن تقاس الدية في مقدارها للرجل ، والمرأة على الميراث " (٣) .

وليس قياس الدية على الشهادة أقوى من قياسها على الميراث ، فإن التفرقة بين شهادة الرجل والمرأة ليس راجعاً إلى نقصان إنسانيتها ، واعتبارها أنثى ، وليس وارداً في مقام الإرشاد إلى طرق الاستيثاق والاطمئنان على الحقوق بين المتعاملين وقت التعامل ، لأن طبيعة عمل المرأة ، ووظيفتها الأصلية هي القرار في البيت ، ورعاية أعظم شئ في الوجود ، وهو تربية النشئ وهذا يبعدها عن المعاملات المالية والمدائبات والعقود ، والمعاوضات ، والضلال المذكور في قوله **﴿وإن﴾** : **﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾** (٤) هو النسيان الذي ينشأ عن سببين طبيعة مسئوليتها وبعدها عن المعاملات المالية والثاني عاطفتها الجياشة التي منحها الله لها لتتلاءم مع وظيفتها (٥) .

(١) تفسير النصوص ص ٣٥٣ .

(٢) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥١ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٥) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥١ ، وقد أثبت العلم الحديث أن المرأة تستقبل المعلومات بفصي مخها فهي أكثر حفظاً للفروع والتفاصيل لكنها عند الأداء تؤدي أيضاً بفصي مخها مما يؤدي إلى الخلط لذا يستشهد بها القاضي أمام أختها .

والدليل على أن حجة الأنوثة ليست علة مطردة في جعل شهادة المرأة نصف شهادة الرجل أن شهادتها تقبل منفردة في الأمور التي لا يطلع عليها الرجال كالإكارة ، والحيض ، والنفاس ، والرضاعة ، وعيوب النساء الباطنة ، وغير ذلك (١) .

فليس في شهادة المرأة اطراد في التصنيف ، بل تقبل شهادتها منفردة في حالات كثيرة وتتساوى مع الرجل في حالات كإيمان اللعان والقسامة مما يدل على أن صفة الأنوثة لا تصلح علة يصح القياس عليها في كل الحالات (٢) .

٤) الدليل الرابع للجمهور :

منافع المرأة دون منافع الرجل لذلك قلت قيمة ديتهما فإذا كانت الدية تعويضاً عن المفقود وعما نقص من منافع بفقده ، فدية المرأة على النصف : " لأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل " (٣) .

فالأنوثة هي علة الانتقاص إذن لأنها لا تؤدي منفعة كمنافع الرجال يقول ابن القيم : " وأما الدية : فلما كانت المرأة أنقص من الرجل ، والرجل أنفع منها ويسد ما لا تسده المرأة من المناصب الدينية ، والولايات ، وحفظ الثغور ، والجهاد ، وعمارة الأرض ، وعمل الصنائع التي لا تتم مصالح العالم إلا بها ، والذب عن الدنيا والدين لم تكن قيمتها مع ذلك متساوية وهي الدية ، فإن دية الحر جارية مجرى قيمة العبد وغيره من الأموال ، فافتضت حكمة الشارع أن جعل قيمتها على النصف من قيمته لتفاوت ما بينها (٤) .

هذه هي أدلة الجمهور القائلين بالتصنيف أما القائلون بالتسوية الأصم وابن علية وغيرهم من فقهاءنا المعاصرين ، الشيخ/أبو زهرة والدكتور/إسماعيل سالم رحمه الله - والدكتور/عبد اللطيف عامر

(١) تفسير النصوص ص ٣٥٤ .

(٢) أحكام المرأة في القصاص والديات للدكتور/عبد اللطيف عامر ص ١٠٣ نقلاً عن تفسير النصوص ص ٣٥٥ .

(٣) الهداية للمرغيناني ج ١٠ ص ٢٧٧ .

(٤) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤٦ ، تفسير النصوص ص ٣٥٦ ، ٣٥٧ .

والشيخ/عبدالكريم الخطيب ، والأستاذ/ عز الدين بليق ، والشيخ/محمد الغزالي - رحمه الله - وغيرهم ، فادلتهم (١) .

(١) قوله ﷺ : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (٢) ، فالأنثى المسلمة داخلة في لفظ " مؤمناً " والآية صريحة في عموم أحكام الدية في القتل الخطأ التي تشمل الرجال ، والنساء ، وليس هناك نص صحيح يخصص هذا العموم ، وعبرة القرآن في الدية مجملة بيتهها رسول الله ﷺ في حديث عمرو ابن حزم : " وأن في النفس دية مائة من الإبل " ، فقوله ﷺ : " في النفس دون تفرقة بين الذكر ، والأنثى يدل دلالة واضحة على شمول الدية للرجل ، والمرأة معاً ، ولو كانت هناك تفرقة بين الذكر والأنثى ، وكانت دية الأنثى أنقص من دية الرجل لبيّن ذلك رسول الله ﷺ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .

(٢) أن الإجماع منعقد على أن الرجل إذا قتل المرأة عمداً اقتص منه بقتله لأن المسلمين تتكافأ دماءهم ، والسؤال الذي يجب أن نعيه تماماً : هل تتكافأ المرأة والرجل في الدماء - فنقتله بها - ولا تتكافأ في الأموال ، فنسوي بينهما في القصاص فنريق دمه مقابل دمها ، ولا نسوي بينهما في الأموال ؟ !! .

(٣) هل تتساوى المسلمة مع الكافر الذي ديته نصف دية المسلم عند جمهور الفقهاء ؟ !! وتتساوى في جانب آخر مع الأمة ، والعبد عند من يجعل له دية ؟ بل تنقص الحرة المسلمة عن الأمة ، والعبد عند من يقوم الأمة والعبد إذ قد تكون الأمة والعبد إذا قوماً أعلى من دية الحر نفسه ؟ !! فهل هكذا تقدر أمهاتنا ، وبناتنا ، وزوجاتنا ؟ !! (٣) .

لهذا كله فيرى الباحث أن إجماع ابن عبد البر لا يصح لوجود المخالفة فيه وقد رفض دعوى الإجماع هذه الشيخ/ محمد أبو زهرة ،

(١) أحكام المرأة في القصاص والديات للدكتور/عبداللطيف عامر ص/ ٣٠٣ .

(٢) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٣) تفسير النصوص ص ٣٦٢ .

٤) ويمكن الجمع بين الرأيين فنقول : " لا يقام الحد على نافي النسب إلا بالرجوع إلى نيته كالتعريض وبهذا لا تهمل بعض الآثار التي استدل بها الجمهور وهو قريب من رأي الشافعية " .

ويضاف إلي هذا ما قاله عبدالله بن عمرو ، ومعاذ بن جبل وعلي بن أبي طالب : " من التثبت عند إقامة هذا الحد وجدنا أن القول بالرجوع إلى النية المحاطة بالقرائن هو الذي يتوافق مع الآثار الواردة في حد القذف " .

وما استدل به ابن حزم من قول ابن عباس وعطاء : " مؤول على اعتبار البينة ، لأن من رمى العرب بأنه نبطي ربما لا يقصد نفي النسب ربما أراد الهيئة أو اللكنة في اللسان ، وإذا احتمل الحد لعل فالحد معطل كما قال علي بن أبي طالب ^(١) ، والله أعلم بالصواب .

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٦٦ .

١٨ - الموت بقطع عضو خطأ

تجب دية واحدة للنفس ولا دية للعضو

قال أبو عمر أثناء الحديث ميراث الغرة هل هي موروثة عن الجنين لأنه عضو مستقل أم عن الأم لأنه عضو من أعضائها : " قد أجمعوا ، أنها لو قطع يدها خطأ فماتت من ذلك لم تكن لليد دية ، ودخلت في النفس " (١) ، أي أن الدية فيهما جميعاً دية النفس دون تعدد ، وفي هذا الإجماع نظر .

يقول ابن قدامة مصوراً المسألة : " أن الرجل إذا جرح رجلاً ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام في المسألة في حالين :

❖ أحدهما :

أن يختار الولي القصاص فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء ، فروى عنه لا يستوفي إلا بالسيف في العنق وبه قال عطاء ، والثوري ، وأبو يوسف ومحمد لما روي عن النبي ﷺ : " لا قود إلا بالسيف " (٢) ، ولأن القصاص أحد بدلي النفس ، فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية النفس ، ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال - غير حاد - فإنه لا يقتل بمثله .

❖ الرواية الثانية عن أحمد :

قال : " إنه لأهل أن يفعل به كما فعل يعني أن للمستوفي أن يقطع أطرافه ، ثم يقتله ، وهذا مذهب عمر بن عبدالعزيز ، ومالك ، والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله ﷻ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ ﴾ (٣) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٨٩ .

(٢) رواه ابن ماجه .

(٣) سورة النحل : الآية ١٢٦ .

ولأن النبي ﷺ : " رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين ، ولأن القصاص موضوع على المائلة ، ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره ، فأما حديث : " لا قود إلا بالسيف " ، فقال أحمد ليس إسناده بجيد .

✽ الحال الثاني :

أن يصير الأمر إلى الدية إما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ ، أو شبه عمد أو غير ذلك ، فالواجب دية واحدة، وهو ظاهر مذهب الشافعي.

✽ وقال بعضهم :

تجب دية الأطراف المقطوعة ، ودية النفس لأنه لما قطع بسريرة الجرح بقتله صار المستقر ، فأشبه ما لو قتله غيره ولهذا لم يسقط القصاص فيه (١) .

والذي عليه الجمهور من أن من قطع عضو فسرى ذلك إلى نفسه فهلك قلب عليه إلا دية النفس دون العضو - طبعاً إذا كان ذلك خطأ - أما إذا كان عمداً ففيه القصاص كما سبق ، وفصلناه في قول ابن قدامة : " فلا تجتمع دية النفس ودية العضو هذا هو رأي الجمهور ، وظاهر مذهب الشافعية كما ذكر الخطيب الشربيني " (٢) .

وقد أطلت البحث لأعثر على أسماء الذين أطلق ابن قدامة عنهم الخلاف فلم أوفق فاكتفيت بذكر ابن قدامة فيها الخلاف خاصة ، وأنه قد أوضح حجتهم حيث قال : " تجب دية الأطراف المقطوعة ، ودية النفس ، لأنه لما قطع بسريرة الجرح بقتله صار كالمستقر ، وأشبه ما لو قتله غيره " (٣) .

ورأي الجمهور أولى بالصواب يقول ابن قدامة : " ولنا أنه قاتل قبل استقرار الجرح ، فدخل أرش الجراحة في أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه ، والقصاص في الأطراف على إحدى الروايتين لا يجب ، وإن

(١) المغني جـ ٨ ص ٢٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٧ ص ٤٦٩ ، مواهب الجليل للخطاب جـ ٦ ص ٢٤٨ ، ٢٥٨ ، وما بعدها ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني جـ ٤ ص ٢٣ ، ٢٤ ، المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٤٠ ، المغلي جـ ١٠ ص ٤٢٤ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

(٣) المغني جـ ٨ ص ٢٤٠ .

وجب ، فإن القصاص لا يشبه الدية لأن سرية الجرح لا تسقط
القصاص فيه ، وتسقط ديته " (١) .

وهو هنا وإن كان يتحدث عن الحالة الأولى التي ذكرها - إذا
جرح رجلاً ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح - فظاهر كلامه يحمل
أيضاً على قاطع العضو ثم يسرى هذا القطع إلى نفسه ، فيموت فلا دية
للعضو مستقلة ، بل تجب فيه دية النفس فقط هذا الذي يفهم من كلام ابن
قدامة ، ويفهم من كلام الخطيب الشربيني (٢) ، والله أعلم بالصواب .

(١) المغني ج٨ ص ٢٤٠ .

(٢) المغني ج٨ ص ٢٣١ ، ٢٤٠ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٢٣ ، ٢٤ .

" ١٩ - دية العين إذا فقت خطأ "

قال أبو عمر : " أجمع العلماء على أن من فقت عينه خطأ أن فيها نصف الدية ، خمسون من الإبل ، أو عدلها من الذهب ، والورق - الفضة - " (١) .

وقال في موضع آخر : " وكذلك لا خلاف بينهم في دية اليد والرجل والعين إذا أصيبت من ذي عينين " (٢) .

وفي العبارة الأخيرة احتراز وقال من ذي عينين ، لأن عين الأعور فيها خلاف مشهور (٣) .

ونلاحظ هنا أن استخدام مصطلحي " أجمع العلماء - ولا خلاف " مترادفان ، وحكى بهما الإجماع كعادته غالباً والمعروف أن الاعتداء على النفس ، أو الأعضاء عمداً فيه القصاص أما الخطأ ففيه الدية على ما فصلها حديث عمرو بن حزم ، وعمرو بن شعيب (٤) .

وفي هذا الإجماع نظر لأن الظاهرية لا يوجبون دية ، ولا قصاصاً في فقئ العين خطأ متمسكين بظاهر قوله ﷺ : ﴿ **وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم** ﴾ (٥) .

يقول : " قولنا في العين هو قولنا في السن سواء ، وإنه إنما جاءت في دية العين بالخطأ آثار وقد تقصيناها والله الحمد ليس منها شيء يصح (٦) .

ثم ذكر من ورد عنهم من الصحابة في دية العين ، وأنهم بعض أصحاب النبي ﷺ فقط وعن نفر من التابعين نحو العشرة ، ومثل هذا لا يجوز أن يقطع به على جميع الأمة إلا غافل أو مستسهل للكذب والقطع

(١) التمهيد جـ ١٧ ص ٣٧٠ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٧ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٧ .

(٤) راجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ٥٧ ، ٦١ ، تفسير النصوص لأستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم - رحمه الله - ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٥) سورة الأحزاب : الآية ٥ .

(٦) المحلى جـ ١٠ ص ٤١٩ .

بما لا علم له به فإن صح إجماع متيقن في دية العين فنحن قائلون به.... فإذا لا إجماع في ذلك فلا يجب في الخطأ شيء لقول الله ﷻ : ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(١).

وما ذكره ابن حزم لا يصح لثبوت الآثار بذلك في جناية الخطأ عن النبي ﷺ في حديث عمرو بن شعيب ، وعمرو بن حزم ، وغيرهما^(٢).

✽ وجمهور علماء المسلمين على خلاف قوله :

(١) الأحناف :

" والعين إذا ذهب ضوءها الدية " ^(٣) .

(٢) وعند المالكية :

" وفي اليدين ، وكذلك في الرجلين ، أو العينين وفي كل واحدة منها نصفها " ^(٤) .

(٣) يقول النووي :

" وفي كل عين نصف دية " ^(٥) .

(٤) يقول الخرقى :

" وفي العينين الدية " .

قال ابن قدامة : أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأ الدية وفي العين الواحدة نصفها لقول النبي ﷺ : " وفي العينين الدية " ^(٦) .

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥ .

(٢) نسل الأوطار جـ ٧ ص ٥٧ ، ٦١ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ٩٦ .

(٤) الثمر الداني ص ٤٢٦ .

(٥) السراج الوهاج شرح المنهاج ص ٤٩٧ .

(٦) المغني جـ ٨ ص ٣٤٠ .

ورأي الجمهور هو الأولى بالصواب ، وذلك لأن العينين ليس في الجسد منهما إلا شيئين ففيهما الدية ، وفي إحداهما نصفها كسائر الأعضاء التي كذلك ، وروى عن النبي ﷺ أنه قال : " وفي العين الواحدة خمسون من الإبل " ، رواه مالك في موطأه ، ولأن العينين من أعظم الأعضاء نفعا ، وجمالا فكانت فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين ^(١) .

وكذلك يجب في ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجب بإذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلها ، وفي ذهاب بصر إحداهما نصف الدية كما لو أشل يدا واحدة ^(٢) ، والله أعلم .

(١) المغني جـ ٨ ص ٣٤١ ، تنوير الحوالك جـ ٣ ص ٦٨٥ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٣٤١ .

" ٢٠ - في الشفتين الدية كاملة "

قال أبو عمر : " أجمع العلماء من السلف ، والخلف أن في الشفتين الدية " (١) .

قال الإمام الشوكاني في قوله في الشفتين الدية إلى هذا ذهب جمهور أهل العلم (٢) .

وفي ادعاء هذا الإجماع نظر أيضاً لأن عند الإمام ابن حزم الظاهري أن في الشفتين القود في العمد أو المفادة لأنه جرح ، وأما في الخطأ فلا شيء فيها .

يقول بعد أن ذكر أثراً عن زيد بن ثابت : وفي الشفة العليا ثلث الدية وفي الشفة السفلى ثلثا الدية لأنها ترد الطعام والشراب ، وعند سعيد ابن المسيب مثله وعن علي في إحدى الشفتين الدية (٣) .

ثم قال : هذا مكان اختلف فيه علي وزيد كما أوردنا ، ولا يصح في الشفتين نص ولا إجماع أصلاً ولا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ والأموال محرمة ، وأصحاب أبي حنيفة ومالك والشافعي قد خالفوا ههنا زيد بن ثابت ، وخالفوا في كثير من الأبواب المتقدمة الصحابة لا يعرف لهم مخالف منهم بلا حجة من قرآن ، ولا من سنة ، ولا من إجماع ، فالواجب في الشفتين القود في العمد أو المفادة لأنه جرح ، وأما في الخطأ فلا شيء لرفع الجناح عن المخطئ وتحريم الأموال إلا بنص ، أو إجماع وبالله تعالى التوفيق (٤) .

ولم يعثر الباحث بعد طول بحث ، وتقيب على رأي موافق لرأي ابن حزم هذا ، وهذا رأي لا يصح ، بل رأي الجمهور وحجتهم أقوى وأرجح ، وذلك لأنهما عضوان ليس في البدن مثلهما فيهما جمال

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ٩٣ .

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٥٩ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٤١٦ .

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٤٤٦ .

ظاهر ومنفعة كاملة ، فإنهما طبقا على الفم تقيانه ما يؤذيه ، وتستتران الأسنان ، وتردان الريق وينفخ بهما ، ويتم بهما الكلام ، فإن فيهما بعض مخارج الحروف ، فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ^(١) .

❦ وجوب الدية في الشفتين هو رأي المذاهب الأربعة :

(١) فعند الأحناف :

" وأما الذي يجب فيه أرش مقدر ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية في أحدهما نصف الدية من إحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والشفتين ، والأنثيين " ^(٢) .

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد : " إن العلماء أجمعوا على أن في الشفتين دية كاملة " ^(٣) .

(٣) يقول الشيرازي :

" وتجب في الشفتين الدية " ^(٤) .

(٤) يقول الخرقي :

" وفي الشفتين الدية " ^(٥) ، والله أعلم

(١) المعني لابن قدامة جـ ٨ ص ٣٤٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٥٨ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢١ .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٠٤ .

(٥) المغني جـ ٨ ص ٣٤٩ .

٢١- دية قطع يد أو

رجل مقطوع اليد أو الرجل خطأ

قال أبو عمر أثناء حديثه عن الخلاف في دية عين الأعور وهل فيه دية كاملة ، أو نصف دية وحجة من قال نصف الدية عموم قوله عليه السلام: " في العين خمسون " لم يخص أعور من غير أعور ، وبالإجماع على أن من قطع يد رجل مقطوع اليد خطأ أو رجله ليس عليه إلا دية رجل واحدة أو يد واحدة " (١) .

المشهور على أن في اليدين الدية كاملة وفي إحداها نصف الدية، وكذلك الرجلين ، وذلك على ما في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (٢) .

(١) والغالبية المطلقة من علماء المسلمين على ذلك لكن هناك رواية عن الإمام أحمد أن المقطوع اليد ، أو الرجل إذا كانت الأولى قطعت في سبيل الله أن في قطع اليد الأخرى الدية كاملة لا نصف الدية ، وحجة هذه الرواية التي رواها القاضي أبو يعلى (٣) القياس على عين الأعور بالنسبة للذين أوجبوا فيها الدية كاملة ؛ لأنها تقوم مقام عينيه جميعاً من النظر والإبصار يقول ابن قدامة أثناء عرضه لهذه المسألة: " وإن قطعت رجل الأقطع ، أو يده فله القصاص ، أو نصف الدية ، لأن يد الأقطع لا تقوم مقام يديه في الانتفاع ، والبطش، ولا يجزى في العتق عن الكفارة بخلاف عين الأعور فإنها تقوم مقام عينيه جميعاً وقال القاضي (٤) : إن كانت مقطوعة أو لا قطعت ظلماً أو قصاصاً ففي الباقية نصف الدية رواية واحدة ، وإن كانت الأولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان : إحداها

(١) الاستذكار ج٥ ص ١٠٨ .

(٢) نيل الأوطار ج٧ ص ٦١ .

(٣) هو القاضي محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الملقب بأبي يعلى الكبير ت ٤٥٨ هـ انظر المدخل لابن بدران ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

(٤) انظر المدخل لابن بدران ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

نصف الدية، والثانية : دية كاملة ، لأنه عطل منافعه من العضوية
جمنة^(١) .

لكن المعتمد عند الحنابلة أنه ليس في يد الأقطع ، أو رجله إلا
دية يد أو رجل واحدة أي نصف الدية حتى إن ابن قدامة علق على
رواية القاضي السابقة قائلاً : " والقياس على عين الأعور غير صحيح
لما بينهما من الفرق " ^(٢) .

وذكر الإمام ابن حزم خلافاً آخر عن قتادة ، وعن ابن شهاب
الزهري : قال : مسألة : " مَنْ قَطَعَتْ يَدُهُ سَبِيلَ اللَّهِ ، أَوْ فِي غَيْرِهِ نَا
حَمَامُ نَا مَفْرَجُ نَا ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ نَا الدَّبَرِيُّ نَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمَرٍ عَنْ
قَتَادَةَ ، قَالَ مَنْ قَطَعَتْ يَدُهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ قَطَعَ إِنْسَانٌ يَدَهُ الْآخَرَى غَرِمَ
لَهُ دِيَتَيْنِ ، فَإِنْ قَطَعَتْ يَدُهُ فِي حَدٍّ ، وَقَطَعَ إِنْسَانٌ يَدَهُ الْآخَرَى غَرِمَ لَهُ دِيَّةُ
الَّتِي قَطَعَ ، وَبِهِ إِلَى عَبْدِ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمَرٍ عَنْ الزَّهْرِيِّ فِي رَجُلٍ
مَقْطُوعِ الْيَدِ قَطَعَتْ الْآخَرَى بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ : لَوْ أُعْطِيَ عَقْلُ دِيَّةِ يَدَيْنِ
رَأَيْتَ ذَلِكَ غَيْرَ بَعِيدٍ مِنَ السَّدَادِ ، وَلَمْ أَسْمَعْ فِيهِ سُنَّةً " ^(٣) .

(٢) أما جمهور علماء المسلمين وسوادهم الأعظم على ما حكاه ابن
عبدالبر ، ووافقه عليه ابن المنذر^(٤) ويقول ابن رشد : " أيضاً على
رأي الجمهور بعد أن قال في العين نصف الدية " وقياساً أيضاً على
إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة إلا نصف
الدية^(٥) .

(٣) وعند الظاهرية أن في اليدين دية كاملة ، وفي اليد الواحدة نصف
الدية^(٦) ، والله أعلم .

(١) المغني جـ ٨ ص ٢٦٣ .

(٢) المغني جـ ٨ ص ٢٦٣ .

(٣) اغلبي جـ ١٠ ص ٤٤٠ .

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٩٢

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٣ ، العدة شرح العمدة ص ٤٥١ ، ٤٥١ ، المغني جـ ٨ ص ٢٦٣ ، السراج

الرواج شرح المنهاج ص ٤٩٨ ، الاختيار لتعليل المختار جـ ٤ ص ٩٤ .

(٦) أنظر المحلى جـ ١٠ ص ٤٣٩ .

٢٢ - دية الثدي

قال أبو عمر : " في ثدي المرأة الدية كاملة فعل هذا جماعة أنمة الفتوى بالأمصار والفقهاء بالحجاز والعراق وأتباعهم وجمهور التابعين كلهم يقولون : في ثدي المرأة ديتهما ، وفي الواحد نصف الدية ، وفي حلمتيها ديتهما كاملة لأنه لا يكون الرضاع إلا بهما ... وعن الصديق في ثدي المرأة شيء لا يصح ما اجتمع عليه الفقهاء " (١) .

ذكر ابن عبد البر هنا إجماعاً على أن في ثدي المرأة دية كاملة وفي الواحد نصف الدية ، وكذلك جعل في الحلمتين دية كاملة مع أن الإمام مالك اشترط لدية الحلمتين انقطاع اللبن ، وفساده ، فإن لم ينقطع ، أو يفسد فتجب حكومة عدل ، أو كما يقول الدريز : " فالدية لقطع اللبن لا لقطع الحلمتين " (٢) .

وحجة المالكية في ذلك : " أنه لو أبطل اللبن بدون قطع ففيه الدية ، ولو قطعهما فلم يفسد اللبن فحكومة " (٣) .

وقال الإمام سفيان الثوري بقول مالك في الحلمتين (٤) ، وذكر الإمام ابن حزم في المحلى خلافاً آخر عن زيد بن ثابت وأبي بكر الصديق قال : " عن مكحول أن زيد بن ثابت ، قال : وفي حمة ثدي المرأة إذا قطعت ربع دية ثديها.... وعن عكرمة أن أبا بكر الصديق جعل في حمة ثدي المرأة مائة دينار قال معمر : سمعت عطاء الخراساني يقول مثل ذلك .

وعن عمرو بن شعيب قال : قضى أبو بكر في ثدي المرأة بعشرة من الإبل إذا لم يصب إلا حمة ثديها ، فإذا قطع من أصله فخمسة عشر من الإبل (٥) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٠٢ .

(٢) الشرح الصغير جـ ٤ ص ٩٦ .

(٣) الشرح الصغير جـ ٤ ص ٩٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٤٧ .

(٤) المغني جـ ٨ ص ٣٥٩ .

(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٤٥٤ .

ثم ذكر من الفقهاء من قالوا بمثل ما حكاه ابن عبد البر من أن التدين فيهما الدية كاملة ، وفي أحدهما نصف الدية ^(١) .

أما ابن حزم نفسه فقد اعتبر المسألة خلافية ، ولم يجعل في قطع الشدي ، أو الحلمة خطأ شيئاً !! أما إذا أصيبا عمداً ففيهما القود ، وهذه مخالفة أخرى .

يقول : " فلما اختلفوا كما ذكرنا وجب الرجوع إلى ما أمر الله تعالى به الرجوع إليه من القرآن والسنة عند التنازع ففعلنا ، فلم نجد في ذلك نص قرآن ولا سنة لا صحيحة ولا سقيمة ولا إجماعاً متيقناً وكل حكم لم يكن في هذه العمدة ، فهو باطل بيقين ، وأما نحن فلا حجة عندنا في قول أحد دون رسول ﷺ في أقوال من ذكرنا من صاحب أو تابع سنة ، ولا قرآن ، ولا إجماع ، وقد ذكرنا أن الأموال محرمة لقول الله ﷻ : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ ^(٢) .

ولقد قال رسول الله ﷺ : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، فوجب أن ، يجب في التدين غرامة أصلاً فإن أصيبا خطأ ، فلا شيء في ذلك وإن كان عمداً ففيه القود وهذا قول أبي سلمى : " وجميع أصحابنا وبه نأخذ . وهذا رأي غريب من ابن حزم " ^(٣) .

✽ فالمسألة إذن فيها الخلاف لكن الجمهور على قول ابن عبد البر :

(١) يقول الأحناف :

وما في البدن اثنان ففيهما الدية وفي أحدهما نصف الدية ثم أخذ يعدد حتى قال ، وثديا المرأة وحلمتاها ، لأن اللبن لا يستمسك دونهما ، وبفواتهما تفوت منفعة الإرضاع ^(٤) .

(١) المغلى جـ ١٠ ص ٤٥٤ .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٨٨ .

(٣) المغلى جـ ١٠ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ .

(٤) الاختيار جـ ٤ ص ٦٤ .

(٢) ورأي المالكية : عرضناه آنفاً (١) .

(٣) وعند الشافعية :

تفصيل كذلك يقول صاحب مغني المحتاج : " وفي حلمتيها أي الأنثى ديتها : لأن منفعة الإرضاع وجمال الثدي بهما كمنفعة اليدين وجمالهما بالأصابع سواء أذهب منفعة الإرضاع أم لا ، وفي إحداهما نصفها ... " .

(٤) يقول الخرقى :

" وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة " (٢) .

(٥) أما الظاهرية :

" فقد عرضنا رأيهم منذ قليل ، وقلنا أنهم لا يوجبون في الثدي أو الحلمتين شيئاً أصلاً لمن قطعهما خطأ أما العمد ففيهما القود " (٣) .

ورأي الجمهور هو الأولى بالصواب - إن شاء الله - لصحة الآثار الواردة فيه حتى جعلها بعضهم محل إجماع كابن عبد البر ، وابن المنذر حيث يقول : " أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية ، وفي الثديين الدية " .

أما قول ابن حزم بمنع الدية مطلقاً ، فهو لا يستقيم مع النصوص الإسلامية التي أوجبت القصاص في العمد ، والدية في الخطأ ولأن ذهاب منفعة الثدي لا بد أن يتحملها المتسبب في ذلك ولا تذهب هدرأ ، والله أعلم بالصواب .

(١) الشرح الصغير ج٤ ص ٩٧ ، ٩٨ .

(٢) المغني ج٨ ص ٣٥٨ .

(٣) المحلى ج١٠ ص ٤٥٥ .

٢٣ - الأنف إذا جدد (قطع)

ففيه الدية كاملة

قال أبو عمر : "ولا خلاف بين العلماء أن الأنف إذا أوعى جدعا الدية كاملة " (١) .

وقال في التمهيد : " ولا يختلف العلماء أن الأنف إذا استؤصل بالجدع ، والقطع فيه الدية كاملة مائة من الإبل " (٢) .

يقول الشوكاني محددًا أجزاء الأنف ، وما يجب فيها : وإن في الأنف إذا أوعب جذعه الدية ، بضم الهمزة من أوعب على البناء للمجهول أي قطع جميعه وفي هذا دليل على أنه يجب في قطع الأنف جميعه الدية قال في البحر : فصل والأنف مركبة من قصبه ، ومارن وأرنبة ، وروثة ، وفيها الدية إذا استؤصلت من أصل القصبه إجماعاً ، ثم قال : فرع وفي كل واحد من الأربع حكومة ، وقال الناصر والفقهاء : بل في المارن الدية وفي بعضه حصته ، وأجاب عن ذلك بأن المارن وحده لا يسمى أنفاً وإنما الدية في الأنف (٣) .

وعلى ما حكاه ابن عبد البر سواد المسلمين الأعظم - ولم أعثر على مخالف لذلك سوى ابن حزم الظاهري حيث جعل في قطع الأنف عمداً القصاص أما قطعه خطأ لا شيء فيه ، يقول : بعد أن ذكر الروايات عن الصحابة ، والتابعين في دية الأنف وأجزائه : فحصل من هذا عن عليّ أن في الأنف الدية ، وكذلك عن الشعبي وعن عمر بن عبدالعزيز ، وعن إبراهيم ومجاهد في المارن الدية ، وهو كل ما دون العظم ، وعن عمر بن عبدالعزيز في المارن ثلث دية الأنف ، وعن الشعبي ، في العرنين الدية وهو ما دون المارن ، وعن مجاهد في الروثة الثلث وهي دون العرنين ، وفي الأرنبة بحساب ذلك وهو طرف الأنف (٤) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٧ ، وهي في الحديث أوعب .

(٢) التمهيد جـ ١٧ ص ٣٦٢ .

(٣) ليل الأوطار جـ ٧ ص ٥٨ .

(٤) المغلى جـ ١٠ ص ٤٣٢ .

ثم قال : وكل هذا لا يصح منه شيء والذي ندين الله تعالى به ونلقاه عليه أنه لو صح عندنا في ذلك أثر لقلنا به ولما خالفناه ولو صح عندنا في ذلك إجماع لقلنا به ولما ترددنا في الطاعة له فإذا لا سنة في ذلك ولا إجماع فليس فيه إلا القود في العمد ، أو المفاداة ، ولا شيء في الخطأ لقوله ﷺ : « **وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم** » (١) (٢) .

ورأي ابن حزم هذا الذي خالف به علماء المسلمين لا يصح ، بل كلهم على ما حكى ابن عبد البر - فيما أعلم - و واضح جداً نزعتة الظاهرية التي تمسكت بظاهر الآية من سورة الأحزاب معرضاً عن الآثار الصحيحة ، والأحاديث المرفوعة التي وردت في دية الأنف كما في كتاب عمرو ابن حزم حتى قال عنه ابن عبد البر : إنه كتاب مشهور عند أهل العلم يستغنى بشهرته عن الإسناد ، وعن القول فيه (٣) .

✽ وعلماء المذاهب الأربعة على القول به :

(١) يقول الأحناف :

" وفي النفس الدية ، وكذلك في الأنف " (٤) .

(٢) يقول المالكية :

" وفي الأنف يقطع مارئنه الدية " (٥) .

(٣) يقول النووي :

" وفي مارن دية " قال الخطيب الشربيني وفي قطع مارن وهو مالان من الأنف وخلا من العظم دية لخبر عمرو بن حزم بذلك ، ولأن فيه جمالاً ، ومنفعة (٦)

(٤) يقول البهوتي :

" من أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد كالأنف ، واللسان ، والذكر ففيه الدية " (٧) ، والله أعلم .

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥ .

(٢) المغلي جـ ١٠ ص ٤٣٣ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٥ ، ٦ ، العدة شرح العمدة ص ٤٥٠ ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ٥٧ ، حيث ذكر أن كتاب عمرو بن حزم " قد صححه جماعة من أئمة الحديث " والحديث رواه النسائي في كتاب القسامة " باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول والحديث في الموطأ كتاب العقول " ، تنوير الحوالك جـ ٢ ص ١٨١ .

(٤) الاختيار جـ ٤ ص ٩٢ .

(٥) الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٤٢٦ .

(٦) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٦٢ .

(٧) الروض المربع ص ٤٨٠ .

" ٢٤ - في الأنثيين الدية كاملة "

يشترط الفقهاء لوجوب القصاص في الجنايات فيما دون النفس عدة شروط :

- (١) ثبوت قصد العمدية في الجناية .
- (٢) المقابلة بين الأعضاء وتمائلها .
- (٣) التماثل في فقد المنافع .
- (٤) إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة فإن الجاني معصوم الدم إلا في القدر الذي جنى به .

وقد شرعت الدية عند العفو عن القصاص ، أو عند الاعتداء الخطأ ، وكل عضو لا بديل له فإتلافه فيه الدية كاملة ، وما كان له نظير كالعين مثلاً ، ففي إفساد إحداهما نصف الدية (١) .

قال أبو عمر : " وفي الأنثيين الدية " فروى ذلك عن عمر على ، وزيد ، وابن مسعود ، وهؤلاء فقهاء الصحابة ، ولا مخالف لهم من التابعين ، ولا من غيرهم كلهم يقولون في البيضتين الدية وفي كل واحدة منهما نصف الدية .

وعلى هذا مذهب أئمة الفتوى بالأمصار إلا سعيد ابن المسيب روى عنه من وجوه : في البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الولد يكون منها ، واليمنى ثلث الدية (٢) .

وفي هذا الإجماع نظر حيث نجد الإمام ابن حزم قد خالف في هذا فبعد أن ذكر الآثار عن السلف في الذكر ، والأنثيين ، وأنها تجب فيه الدية .

قال : فإذا لا يصح في الدية في الذكر ، والأنثيين شئ لا نص ، ولا إجماع فالواجب أن لا يجب في ذلك شئ في الخطأ ، وأن يجب في ذلك القود في العمد ، أو المفاداة ، لأنه جرح (٣) .

(١) تفسير النصوص ص ٢١٠ .

(٢) الاستبكار ج ٢٥ ص ١٠١ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٤٥١ .

وحجة ابن حزم : " أنه ليس في هذا الباب شيء إلا عن خمسة من الصحابة عليهم السلام لا يصح عند أحد منهم في ذلك شيء إلا على وحده ومدعى الإجماع مهنا مقدم على الكذب على جميع الأمة فإن ذكروا حديث ابن طاوس عن أبيه أن عنده كتاباً عن النبي صلى الله عليه وآله : " إن قُطِعَ الذكر ففيه مائة ناقة قد انقطعت شهوته وذهب نسله " ، فهذا منقطع ، وإن صححوه فعنه يلزم به أن الدية لا تجب في ذكر العقيم ، ولا في ذكر الشيخ الكبير ، وهم لا يقولون بهذا ، وقد خالفوا عمر في ذكر الخصي ، والعين العوراء ، واليد الشلاء ، وخالفوا سعيد في قوله في البيضة اليسرى ثلثا الدية وفي اليمين ثلث الدية ، ولو كان هذا إجماعاً لما استجاز ابن المسيب خلافه ^(١).

✽ أما الجمهور فعلى قول ابن عبد البر بأن فيهما الدية كاملة .

(١) يقول عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي :

" وإذا قطع الأنثيين مع الذكر ، أو قطع الذكر أولاً ، ثم الأنثيين ففيهما ديتان لأن منفعة الأنثيين بعد قطع الذكر قائمة ، وهي إمساك المنى ، والبول ، فإن قطع الأنثيين ، ثم الذكر ففي الأنثيين الدية ، وفي الذكر حكومة عدل ^(٢) .

(٢) وعند المالكية :

" وفي الأنثيين الدية ، وفي الحشفة الدية " ^(٣) .

(٣) يقول النووي :

" وفي أنثيين دية ، وكذا ذكر ، ولو لصغير ، وشيخ ، وعنين وحشفة كذكر " ^(٤) .

(٤) يقول موسى بن أحمد الحجاوي :

" وفي الأنثيين الدية ، وفي إحداهما نصفها " ^(٥) .

(١) المغلبي ج ١٠ ص ٤٥٠ ، ٤٥١ .

(٢) الاختيار ج ٤ ص ٩٤ وعنده في هذه المسألة تفصيل وتفاصيل أخرى فللتراجع في تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ٢٥٧ وما بعدها .

(٣) الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص ٤٢٦ .

(٤) السراج الوهاج ص ٤٩٦ .

(٥) كشف القناع عن متن الإقناع ج ٦ ص ٤٩ .

و واضح أن ابن حزم رفض كتاب عمرو بن حزم ، ورتب أحكامه على ذلك ^(١) ، أما الجمهور فقد قبلها وهي صحيحة ، وذلك لأن الأنثيين وكاء المنى ^(٢) .

وقال ابن قدامة : " أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية ، وفي كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم : "وفي الذكر الدية " ثم قال : "وفي الأنثيين الدية " ، لا نعلم في هذا خلافاً ، وفي كتاب عمرو بن حزم: وفي البيضتين الدية " ، لأن فيهما الجمال ، والمنفعة ، فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية كاليدين ، وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن في الصلب الدية ، وفي الأنثيين الدية ^(٣) ، وهذه المسألة أشار إليها ابن رشد على أنها محل إجماع ^(٤) .

وقد أشار وجيه عبدالقادر الشيمي في رسالته للماجستير بعنوان "اتفاقات ابن رشد في الأحوال المدنية والجناحية " .

إلى خلاف ابن حزم ثم علق على قول ابن حزم السابق قائلاً : "وعجباً من أمر ابن حزم كيف يقر بصحة ما قاله بن أبي طالب ولم يأخذه به ؟ ! .

فهل يعقل أن يحكم على في مثل هذا الأمر إلا إذا كان قد سمع من النبي ﷺ فيها شيء ، لأنه أمر توقيفي لا مجال للعقل فيه ويزداد العجب مرة ثانية عندما يدخل الأنثيين ، والذكر في الجروح التي لا دية فيها مع أنها أقرب للأعضاء التي ورد فيها تحديد الدية كما يتضاعف التعجب ثلاثة عندما لا يوجد لابن حزم سلف يعتمد في رأيه هذا ^(٥) ، والله أعلم .

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٤٤٩ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٦ ص ٣٤٦ .

(٣) المغني جـ ٨ ص ٣٦٠ ، ٣٦١ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٢ .

(٥) اتفاقات ابن رشد وجيه عبدالقادر الشيمي رسالة على الآلة الكاتبة بمكتبة جامعة القاهرة رقم ٨٠٦١ .

٢٥ - في الذكر

الدية وفي الحشفة الدية

قال أبو عمر : " في ذكر الرجل الدية فإن العلماء مجمعون على أن في الذكر الصحيح الذي يمكن به الوطء الدية كاملة " .

وفي الحشفة الدية كاملة لم يختلفوا في ذلك واختلفوا في ذكر الخصي وذكر العينين ^(١) .

قد أفردنا هذه المسألة ، واعتبرناها مسألة مستقلة ، ولم نضمها مع مسألة " دية الأنثيين " لسببين :

الأول : أن ابن عبد البر فصلها ، وذكر بها إجماعاً خاصاً بلفظ " مجمعون " .

والثاني : أن فيها خلافاً آخر عند الأحناف أو بعبارة أدق فيها تفصيل سيأتي بعد

قليل ، هذا بخلاف رأي ابن حزم الذي أشرنا إليه سابقاً فابن حزم يخالف

هذا الإجماع أو بعبارة أدق يخرق هذا الإجماع حيث يقول : " فإذا لا

يصح في الدية في الذكر ، والأنثيين " شئ لا نص ، ولا إجماع فالواجب

أن لا يجب في ذلك شئ في الخطأ وأن يجب في ذلك القود في العمد ، أو

المفاداة لأنه جرح ^(٢) .

(١) يقول الأحناف :

" وإذا قطع الأنثيين مع الذكر أو قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين ففيهما ديتان

لأن منفعة الأنثيين بعد قطع الذكر قائمة وهي إمساك المنى والبول ، فإن قطع

الأنثيين ثم الذكر ففي الأنثيين الدية ، وفي الذكر حكومة ^(٣) .

فهم هنا فرقوا بين كون الذكر مقطوعاً قبل الخصية أو بعدها فلو كان قبل

الخصيتين ففيه الدية أما إذا قطع بعدهما ففيه حكومة عدل ، لأنه ذكر خصي ^(٤) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٠٠ .

(٢) المغلى جـ ١٠ ص ٤٥١ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ٩٤ ، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، طبعة المعاهد الأزهرية .

(٤) الاختيار جـ ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٥٩ .

أما إيجابهم الدية في الذكر بأن فيه منفعة الجماع ، والحشفة
يتعلق بها منفعة الإنزال ، وقد زال ذلك كله بالقطع ^(١) .

أما الجمهور من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، فيوجبون في
الذكر الدية كاملة .

(١) المالكية :

" وفي الحشفة الدية " ^(٢) ، ويقول ابن رشد : " وأجمعوا على
أن في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة " ^(٣) ، وأظنه نقل
عبارة ابن عبد البر بالنص .

(٢) يقول النووي :

" وفي أنثيين دية وكذا ذكر ، ولو لصغير ، وشيخ ، وعنين
وحشفة لذكر " ^(٤) .

(٢) يقول البهوتي : " والذكر ولو من صغير ففيه دية " ^(٥) .

يقول ابن قدامة محتجاً لرأي الجمهور بعد أن ذكر قول الخرقى:
" وفي الذكر الدية " ، أجمع أهل العلم أن في الذكر الدية ، وفي كتاب
النبي ﷺ لعمر بن حزم : " وفي الذكر الدية " ولأنه عضو واحد فيه
الجمال والمنفعة فكلت فيه الدية كالأنف واللسان وتجب الدية في
ذكر الصغير ، والكبير ، والشيخ والشاب سواء قدر على الجماع ، أو لم
يقدر ^(٦) ، والله أعلم .

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٧ ص ٤٥٩ .

(٢) الثمر الداني ص ٤٢٦ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٢ .

(٤) السراج الوهاج ص ٤٩٩ .

(٥) الروض المربع ص ٤٨٠ .

(٦) المغني جـ ٨ ص ٣٦٠ .

"٢٦- دية الإصبع عشر من الإبل والأصابع سواء"

قال أبو عمر : وعقل الأصابع مأخوذ من السنة ، ومن قول جمهور أهل العلم ، وجماعتهم ، كلهم يقول في الأصابع عشر عشر من الإبل ، وعلى هذا إجماع فقهاء الأمصار أئمة الفتوى بالعراق ، والحجاز ، والسنة أن الأسنان سواء ، وأن الأصابع سواء ، على هذا مذاهب الفقهاء وأئمة الفتوى بالأمصار (١) .

يقول الإمام الشوكاني : " قوله هذه ، وهذه سواء يعنى الأصابع " هذا نص صريح يرد القول بالتفاضل بين الأصابع ولا أعلم مخالفاً من أهل العلم لما يقتضيه إلا ما روي عن عمر ومجاهد " (٢) .

نلاحظ أن ابن عبد البر هنا جعل عقل الأصابع سواء في كل إصبع عشر من الإبل وجعل ذلك محل إجماع وإن كان قد استخدم فيه ألفاظاً مختلفة ، وهو ما فعله كثيراً في حكايته للإجماع ، وفي هذا الكلام نظر يقول ابن رشد بعد أن ذكر كتاب عمرو بن حزم في العقول : " وكل هذا مجمع عليه إلا السن ، والإبهام " ، فابن رشد لم يجعل الأصابع سواء وحكى في دية الإبهام الخلاف لكنه لم يذكر من الذي خالف فيه .

وقال الإمام الشوكاني بعد أن ذكر حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده في العقول كذلك " قوله في كل إصبع من أصابع اليد ، والرجل عشر من الإبل هذا مذهب الأكثرين ، وروى عن عمر أنه كان يجعل في الخنصر ستاً من الإبل ، وفي البنصر تسعاً ، وفي الوسطى عشرة ، وفي السبابة اثنتي عشرة ، وفي الإبهام ثلاث عشر ثم روى عنه الرجوع ذلك ، وروى عن مجاهد أنه قال في الإبهام خمس عشرة ، وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر ، وفي التي تليها ثمان ، وفي الخنصر سبع (٣) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٣٧ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦٣ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦٠ .

وقال الإمام الصنعاني أثناء شرحه لحديث عمرو بن حزم المذكور : " في كل أصبع عشر من الإبل سواء كانت في اليمين ، أو الرجلين فإن فيها عشراً ، وهو رأي الجمهور ، وفي حديث عمرو بن شعيب مرفوعاً بلفظ " والأصابع سواء " أخرجه أحمد وأبو داود ، وكان لعمر في ذلك رأي آخر ثم رجع إلى الحديث لما روى له (١) .

وحكى ابن حزم قولاً آخر لعمر بعد أن ترجم للفصل بـ (الخلاف في الأصابع) وخلفاً لعروة بن الزبير رواه عنه ابنه هشام قال : " عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في الإبهام ، والتي تليها نصف دية اليد ، وفي الوسطى عشرة أبعة ، وفي البنصر تسعة أبعة وفي الخنصر ستة أبعة وقد وافقه على ذلك غيره عن هشام ابن عروة عن أبيه أنه قال : في الإبهام ، والتي تليها نصف الدية ، وجاء عن عروة بيان زائد عن أبيه قال : إذا قطعت الإبهام ، والتي تليها ففيها نصف دية اليد وإذا قطعت إحداهما ففيها عشر من الإبل (٢) .

فصنيع ابن حزم هذا يدل على أن المسألة خلافية عنده ، وإن لم يذكر خلاف مجاهد ، أما جمهور العلماء فعلى ما حكاه ابن عبد البر من أن في الإصبع عشرة من الإبل ، وأنها سواء .

(١) فغند الأحناف :

" وفي كل أصبع عشر دية وتقسم على مفاصلها والكف تبع للأصابع " (٣) .

(٢) يقول ابن رشد :

مصوراً رأي الجمهور : " وقال جمهور العلماء ، وأئمة الفتوى مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري ، وغيرهم : إن في كل إصبع عشر من الإبل وإن الأصابع في ذلك سواء " (٤) .

(١) سبل السلام للصنعاني جـ ٣ ص ٤٦٧ .

(٢) المغلي جـ ١٠ ص ٤٣٧ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار جـ ٤ ص ٩٥ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٤ .

(٣) يقول النووي :

" وفي كل إصبع عشرة أبعرة " (١) .

(٤) يقول الخرقي :

وفي كل أصبع من اليدين ، والرجلين عشر من الإبل (٢) .

(٥) بعد ذكر الخلاف :

فيها والقائلين بأن في كل أصبع عشراً من الإبل وعن الشعبي قال :

أشهد على مسروق وشريح أنهما قالوا : الأصابع سواء عشر عشر من الإبل وقد روينا هذا القول عن ابن عباس وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه (٣) .

✽ ورأي الجمهور هو الأولى بالصواب وذلك لعموم الخبر فيهما - حديث عمرو بن حزم ، وعمرو بن شعيب - ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فكان سواء في الدية كالأسنان (٤) ، لكن كان على ابن عبد البر أن يقتصر على حكاية هذا القول عن الجمهور ، ولا يجعلها محل إجماع ، والله أعلم .

(١) السراج الوهاج ص ٤٩٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٣٦٢ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٤٣٧ .

(٤) المغني ج ٨ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، بتصرف ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ١٠ ص ٣٤٧ .

" ٢٧ - دية السن خمس من الإبل "

قال أبو عمر : " وقد ثبت عن النبي ﷺ أن في السن خمسا من الإبل ، واتفق فقهاء الأمصار على ذلك كله (١) .

قال ابن رشد بعد ذكر كتاب عمرو بن حزم في العقول : " وكل هذا مجمع عليه إلا السن ، والإبهام " (٢) .

وقال الإمام الشوكاني تعليقا على قوله ﷺ في حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ، " وفي السن خمس من الإبل " ، ذهب إلى هذا جمهور العلماء ، وظاهر الحديث عدم الفرق بين الثنايا ، والأنياب ، والضروس ، لأنه يصدق على كل منهما أنه سن (٣) .

" فالضرس غير السن إلا أن السن اسم جامع عند أهل العلم للأضراس وغيرها " (٤) .

وقد ذكر أبو عمر في مكان آخر أن العمل في جميع الأمصار على التسوية بين الضرس والسن حيث روى عن شريح القاضي ، أنه اختصم إليه رجلان أصاب أحدهما ثنية للأخر وأصاب الآخر ضرسه ، فقال شريح : الثنية ، وجمالها ، والضرس ، ومنفعته سن بسن قوماً (٥) .

قال أبو عمر : على هذا العمل اليوم في جميع الأمصار (٦) ، وذكر الصنعائي : " أنه يجب في كل سن خمس من الإبل وعليه الجمهور وفيه خلاف ليس له دليل يقام الحديث (٧) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٤٦ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢١ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦٠ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٢٦ .

(٥) انظر البحث القيم لصديقنا/ عمرو مصطفى الورداني عن فقه شريح القاضي وهي رسالته للماجستير وقد تورق القضاء سنين عامات ٨٠ هـ واسمه شريح بن الحارث بن قيس بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي يختلف في صحته والصحيح أنه من التابعين . انظر طبقات الفقهاء للنيرازي ص ٨٠ ط دار القلم تحقيق خليل الميس .

(٦) التمهيد جـ ١٧ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ .

(٧) سل السلام جـ ٣ ص ٤٦٧ .

وقد قلنا : في هذا الإجماع السابق نظر لما ذكره الإمام الشوكاني وزاده وضوحاً في موطن آخر يقول : " وروى عن علي أنه يجب في الضرس عشر من الإبل وروى عن عمر ابن عباس أنه يجب في كل ثنية خمسون ديناراً ، وفي الناجذ أربعون ، وفي الناب ثلاثون ، وفي كل ضرس خمسة وعشرون ، وروى عن مالك ، والشافعي عن عمر أن في كسر الضرس جملاً قال الشافعي وبه أقول - لأنني لا أعلم له - يعني عمر مخالفاً من الصحابة .

وفي قول الشافعي في كل سن خمس من الإبل ما لم يزد على دية النفس وإلا كفت في جميعها دية ، وأجاب عنه في البحر بأنه خلاف الإجماع ، وردّ بأنه لا وجه للحكم بمخالفة الإجماع لاختلاف الناس في دية الأسنان (١) .

فهذا الإمام الشوكاني يذكر أن دية الأسنان مسألة خلافية ، وفيها عن عمر وابن عباس ما سبق ، وذكر الإمام ابن حزم في مراتب الإجماع " واختلفوا في أسنان الحر المسلم السليمة التي قد نبتت له بعد قلعها في الصبا إذا أصيبت خطأ " (٢) .

هذا طبعاً في قلع السن الدائمة لا اللبنية التي تطلع فتتبت مكانها ، أما إذا جنى على سن بضرب فاسودت فقال أبو حنيفة ، ومالك بالدية كاملة في هذه السن ، وذهب الشافعي إلى أن فيها حكومة ، وروى عمر أن فيها ثلث الدية ، وبه قال أحمد ، قال ابن العربي : " وهذا عندي خلاف يؤول إلى وفاق فإنه إن كان سوادها أذهب منفعتها ، وإنما بقيت صورتها كاليد الشلاء ، والعين العمياء فلا خوف في وجوب الدية ، وإن كان بقي من منفعتها شيء ، أو جميعها لم يجب إلا بمقدار ما نقص من المنفعة حكومة .

وَرَوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا ضُرِبَ سِنُهُ فَاسْوَدَّتْ فَفِيهِمَا ثَلَاثُ دِيْنَتَيْهَا ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَصِحُّ عَنْهُ لَا سَنَدًا وَلَا فِقْهًا " (٣) .

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦١ .

(٢) مراتب الإجماع ص ١٤٢ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي جـ ٢ ص ٩٢٩ ونقل هذا القرطبي في تفسيره ووافقه عليه انظر جـ ٤ ص ٢١٩٥ ط الريان .

ولو اعتدى على سن زائدة فقلعت ففيها حكومة وروى عن زيد بن ثابت أن فيها ثلث الدية : " وليس في التقدير دليل فالحكومة أعدل " (١) .

✽ أما آراء المذاهب الفقهية الخمسة في دية السن فهي كما يلي :

(١) يقول في الاختيار :

" وفي كل سن نصف عشر الدية " (٢) .

(٢) وعند المالكية :

يقول الدريدر : " وفي كل سن نصف العشر بقلع أو اسوداد أو بحمرة أو صفرة إن كان في العرف كالسواد " (٣) .

(٣) وعند الشافعية :

" وفي كل سن لذكر حر مسلم خمسة أبخرة سواء أكرس الظاهر منها دون السنخ أو قلعهما ، ولا فرق عندهم بين التثنية والناب والضرس ، وإن انفرد كل منهم باسم " (٤) .

(٤) يقول الخرقى :

" وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن أثغر " (٥) .

(٥) وعند الظاهرية :

" وفي السن خمس والأسنان سواء التثنية والضرس عنده سواء " (٦) .

وبالجملة كل عضو أمكن القصاص فيه بلا حيف على الجاني وجب القود فيه ، وكذلك كل عضو بطلت منفعتة ، وبقيت صورته ، فإذا سقط القود وجبت الدية كما في كتاب عمرو بن حزم عن أبيه عند جده (٧) ، والله أعلم .

(١) تفسير القرطبي ج٤ ص ٢١٩٥ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٦٣ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ج٤ ص ٩٥ .

(٣) الشرح الصغير للدريدر ج٤ ص ٩٩ .

(٤) مغني المحتاج ج٤ ص ٦٣ ط الحلبي .

(٥) المغني ج٨ ص ٣٥٣ .

(٦) المحلى ج١٠ ص ٤١٦ .

(٧) تفسير النصوص ص ٢١٩ ، نيل الأوطار ج٧ ص ٥٧ ، ط الريان .

" ٢٨ - في المأمومة ثلث الدية "

✽ والمأمومة : هي الشجة التي بلغت أم الرأس ^(١) .

✽ والمأمومة أو الآمة : وهي التي نفذت ورشقت العظم كله ، فبلغت أم الدماغ وهي القشرة التي تغطي العظم ^(٢) فإن بلغت وكشفت هذه القشرة فإنها تسمى الدامغة وحكمها - أي المأمومة والدامغة واحد ^(٣) .

يقول ابن عبد البر : " أن في المأمومة ثلث الدية لا يختلف العلماء في ذلك من السلف والخلف وأهل العراق يقولون لها الآمة ، وأهل الحجاز المأمومة ، وفي كتاب عمرو بن حزم ، والمأمومة فيها ثلث الدية كذلك نقل الثقات " ^(٤) .

وكرر هذا الإجماع في ص ٣٦٥ من جـ ١٧ ص قال : " وفيها ثلث الدية ، وهي أمر مجتمع عليه على ما في كتاب عمرو بن حزم ، وكرر نفس الصفحة " وفيها ثلث الدية لا يختلفون في ذلك " .

وقد ذكر ابن رشد خلافاً لعبدالله بن الزبير ت ٧٣ هـ فقال : " وأما المأمومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن ابن الزبير " ^(٥) ، وذكر صاحب البحر الزخار خلافاً لبعض الشافعية وهو الإمام الماوردي ^(٦) ^(٧) ، ولم يوافق فقهاء الشافعية على رأيه فقد ذهب إلى أن في هتك القشرة الرقيقة حكومة ^(٨) ^(٩) .

(١) لسان العرب مادة أمم .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٤٦١ .

(٣) تفسير النصوص ص ٢٢١ .

(٤) التمهيد جـ ١٧ ص ٣٤١ .

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ .

(٦) هو علي بن محمد بن حبيب البصري المعروف بالماوردي أو الحسن ولد ٣٦٤ وتوفي ببغداد ٤٥٠ هـ .

معجم المؤلفين جـ ٧ ص ١٨٩ .

(٧) انظر البحر الزخار جـ ٦ ص ٢٨٩ .

(٨) الحكومة في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة .

(٩) البحر الزخار جـ ٦ ص ٢٨٩ .

وذكر ابن قدامة في المغني جـ ٨ ص ٣٧٠ خلافاً آخر لمكحول^(١) .

قال ابن قدامة :

" وأرشدنا ثلاث الدية في قول عامة أهل العلم إلا مكحولاً فإنه قال إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وإن كانت خطأ ففيها ثلثها .

فما ذكره ابن عبد البر من إجماع لا يصح وإن كانت المذاهب الأربعة متفقة على أن فيها الثلث .

(١) قال الكاساني :

" وفي الآمة ثلاث الدية " (٢) .

(٢) قال ابن أبي زيد :

" ومن وصل إليه الدماغ فهي المأمومة ففيها ثلاث الدية " (٣) .

(٣) قال الشيرازي :

" ويجب في المأمومة ثلاث الدية " (٤) .

(٤) قال الخرقي :

" وفي المأمومة ثلاث الدية " (٥) .

(٥) وعند ابن حزم :

" وفي المأمومة ثلاث الدية " (٦) .

(١) مكحول بن أبي مسلم شهراب بن شاذل الهذلي ولأء " لقيه الشام عصره من حفاظ الحديث توفي بدمشق ١١٢ هـ ، الأعلام للزركلي جـ ٧ ص ٢٨٤ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٤٥٦ .

(٣) الثمر الداني ص ٤٢٧ .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٠٠ .

(٥) المغني جـ ٨ ص ٣٧٠ .

(٦) المحلى جـ ١٠ ص ٤١١ .

والراجح هو قول الجمهور بأن فيها ثلث الدية لما صح من حديث عمرو بن حزم " وفي المأمومة ثلث الدية " (١) .

وقد رد الرملي على قول الماوردي : " وهذا لا زيادة على مسمى الدامغة حتى لا يجب له شيء ، ولا عبرة لزيادته على مسمى المأمومة لانفرادها مع استلزامها اسم خاص بخلافها " (٢) .

وقال ابن قدامة رداً على مكحول : " ولأنها شجة ، فلم يختلف أرشها بالعمد ، والخطأ في المقدار كسائر الشجاج " (٣) ، والله أعلم .

(١) أخرجه النسائي باب القسامة والدارمي جـ ٢ ص ٢٤٧ ، باب الدية في قتل النفس ، انظر المغني جـ ٨ ص ٣٧٠ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٢٢ .

(٣) المغني جـ ٨ ص ٣٧٠ .

٢٩ - في الجائفة

ثالث الدية ولا قصاص فيها

قال أبو عمر : " وأما الجائفة فأجمع العلماء على أنها من جراح الجسد ، لا من شجاج الرأس ، وأنها تكون في الظهر ، وفي البطن إذا وصل شئ منها إلى الجوف ، ولو بمدخل إبرة فهي جائفة ، وفيها ثالث الدية ولا قود فيها ، وإن كانت عمداً " (١) .

وقال في التمهيد : " وأما الجائفة فكل ما خرق أي الجوف من بطن أو ظهر أو ثغرة النحر ، وفيها ثالث الدية ، لا يختلفون في ذلك " (٢) .

وقد جاء في الهداية عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٩ هـ أنه كان يوجب القصاص في الشجاج ، وكذلك جعل ابن حزم القصاص في الجراحات كلها (٣) .

(١) الاستذكار ج ٢٥ ص ١٢٦ .

(٢) التمهيد ج ١٧ ص ٣٧٥ .

(٣) نتائج الأفكار ج ١٠ ص ٢٨٥ ، المحلى ج ١٠ ص ٤٦١ .

❀ هذا وقد قسم الفقهاء الشجاج إلى جراحات تبدأ من الأصغر إلى الأكبر كما يلي :

١- الحارصة : وهي التي تشق الجلد شقاً خفيفاً من قولنا حَرَصَ القصار الثوب إذا شقه شقاً لطيفاً .

٢- الدامية : وهي التي ظهر منها شئ من دم لم يسل .

٣- الدامعة : وهي التي سال منها شئ من دم كالدمع .

٤- الباضعة : وهي التي تبضع الجلد أي تشقه وتصل للحم .

٥- السّمحاق : وهي التي قطعت الجلد واللحم و وصلت إلى القشرة الرقيقة على العظم وتسمى الملتا أو الملتاط .

٦- المتلاحة : وهي التي شقت الجلد وغاصت في اللحم .

٧- الموضحة : وهي التي تكشط تلك القشرة الرقيقة أي تكشف .

٨- الهاشمة : أي التي تهشم العظم وتكسره .

٩- المنقلة : وهي التي تنقل العظم عن مكانه وتسمى المنقولة أيضاً .

١٠- المأمومة أو الآمة : وهي التي نفذت ذلك كله و وصلت إلى أم الدماغ وهي القشرة التي تغطي العظم

فإن بلغت وكشفت تلك القشرة فإنها تسمى الدامغة وحكمهما أي المأمومة والدامغة واحد .

❀ ومن النوع الثاني - الدامغة - جرح الساعد ، العضد والساق والكعب والقدم والفخذ .

أما الجائفة : فهي الجرح الذي ينفذ في البدن إلى جوف اللحم كجرح البطن والفخذ ، فإن نفذ الجرح إلى الجهة الأخرى

فهما جائفتان ، انظر تفسير النصوص ص ٢٢١ ، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٥ ص ٢٨٦ ط ، دار الإرشاد

للطباعة والنشر ، المحلى ج ١٠ ص ٤٦١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٦ ص ٣٥٤ .

هذا ، ونستطيع أن نرتب المذاهب الفقهية الخمسة بحسب تطبيقها للقصاص في الجروح ، وعدم تطبيقها على النحو التالي :

فأضيق المذاهب في تطبيق القصاص الحنفية ، ثم الشافعية ثم الحنابلة ثم الظاهرية أوسع المذاهب إعمالاً للنص في هذه المسألة :

(١) فيقول الجصاص :

" لما اتفقوا على نفس القصاص في عظم الرأس كذلك سائر العظام وقال تعالى ^١ : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) وذلك غير ممكن في العظام " (٢) .

(٢) وذهب المالكية :

إلى وجوب القصاص في كسر العظم إلا ما كان متلفاً كعظم الصدر ، والعنق ، والصلب ، والفخذ ، وشبهه كما يقول القرطبي ^(٣) .

واختلف قول مالك في ^{١٧} المُنْقَلَة كما يقول ابن رشد ورجح القرطبي القصاص في كسر عظام الفخذ وحكى " أنه المعمول به في بلادنا ، يقصد الأندلس " (٤) .

(٣) ويقول الشافعي :

في الأم : " وإذا شج رجلاً ما دون موضحة فلا قصاص فيه من قبل أنها ليست بمحدودة ويقول عن عدم القصاص فيه من قبل أنها ليست بمحدودة ، ويقول عن عدم القصاص فيما فوق الموضحة لم يقتص له من هاشمة ، ولا مُنْقَلَة ، ولا مأمومة لأنه لا يقدر على أن يؤتي بالقطع منه بكسر العظم ولا هشه كما يؤتي بالشق في جلد ولحم " (٥) .

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٦١٧ .

(٣) تفسير القرطبي جـ ٤ ص ٢٢٠١ ط الريان .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، تفسير القرطبي جـ ٤ ص ٢٢٠٠ ط الريان .

(٥) الأم جـ ٦ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٤) أما الحنابلة :

فيقول ابن قدامة : " إذا ثبت هذا بأن الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافاً وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس ، والوجه ، وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية ، وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد ، والساق ، والفخذ في قول أكثر أهل العلم ، وهو منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه لا قصاص فيها ، وليس بصحيح لقوله ﷺ : **«والجروح قصاص»** ^(١) ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لأنها انتهت إلى عظم فهي كالموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضى للقصاص ، ولا عد مانعاً وإنما كان التقدير في الموضحة بكثرة شينها وشرف محلها ، ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ، ولا قصاص فيه ، وكذلك الجانفة أرشها مقدر ولا قصاص فيها ^(٢).

(٥) أما الظاهرية :

فقد أطلقوا النص الوارد في قوله ﷺ : **«والجروح قصاص»** ^(٣) ولم يخصصوه بشئ قال ابن حزم : " وقد ذكر بطلان قول من منع القصاص فيها برأيه قبل فأغنى عن إعادته ، ويكفي من ذلك عموم قوله ﷺ : **«والجروح قصاص»** ^(٤) برفع الحاء ، وقال ﷺ : **«والحرمان قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»** ^(٥) ، وما كان ربك نسياً فلو علم الله تعالى أن شيئاً من ذلك لا تمكن فيه مماثلة لما أجمل لنا أمره بالقصاص في الجروح جملة ولم يخص شيئاً ، فنحن نشهد بشهادة الله تعالى التامة الصادقة ، ونقطع قطع الموقن المصدق بكلام ربه تعالى أن ربنا ﷺ : " لو أراد تخصيص شئ من

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٩٤ .

الجروح بالمنع من القصاص في العمد لبيئها لنا كما أخبر تعالى عن كتابه أنه أنزله تبياناً لكل شيء فإذا لم يفعل ذلك فنحن نقسم بالله تعالى قسماً برأ أنه تعالى ما أراد قط تخصيص شيء ، من الجروح بالمنع من القصاص منه إلا في الاعتداء به " (١) .

وظاهر كلام ابن القيم في إعلام الموقعين جـ ١ ص ٣ أنه يذهب إلى القصاص ، في كل الجروح الممكنة وقال **عَلَيْكَ : ﴿وَالْجُرُومُ قِصَاصٌ﴾** (٢) وجوبه في كل جرح يمكن القصاص منه وليس هذا تخصيصاً، بل هو مفهوم من قوله القصاص وهو المماثلة (٣) .

*** تعليق على ما سبق :**

١- نلاحظ أن سبب اختلافهم في قصاص الشجاج والجروح راجع إلى إمكان الاستيفاء من الجاني من غير حيف ولا زيادة ، لأن دم الجاني معصوم - إلا فيما اعتدى فيه طبعاً - فلا تجوز الزيادة في أخذ الحق منه ، فإذا كان القصاص هو المساواة ، والمماثلة فإن العدل يقتضي ألا نزيد قدر جناية المعتدي حتى إن الشافعي حرص على أخذ رأي أهل الخبرة في عصره ، وهم الأطباء - وكذلك لا يقاد من كسر أصبع ، ولا يد ولا رجل لما دونه من جلد ، ولحم ، وأنه لا يقدر على أن يؤتي بالكسر كالكسر بحال وأن المستفاد منه ينال من لحمه وجلده - خلاف ما ينال من لحم المجني عليه وجلده ، وهذا متعذر في عصره ، وكذلك القصاص ممن نتف شعراً من لحيته ولا رأس ولا حاجب وإن لم ينبت وإن قطع من هذا شيئاً بجلده قيل لأهل العلم بالقصاص : " إن كنتم تقدر أن تقطعوا مثله بجلده فاقطعوا ، وإلا فلا قصاص فيه وفيه الأرض " (٤) .

٢- أن الطب في عصرنا الحاضر قد تقدم تقدماً كبيراً ، وأصبح في الإمكان الاستعانة بأطباء الجراحة ، ومشارطهم في القصاص من

(١) المغلى جـ ١ ص ٤٦١ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٣) راجع إعلام الموقعين جـ ١ ص ٣ وما بعدها .

(٤) الأم جـ ٦ ص ٤٥ .

الجاني وفي إمكانهم تحديد الشجة ، أو الجراحة التي يقتص بها تحديدًا دقيقاً ، وما كان متعذاراً في الماضي ولا يمكن استيفاءه أصبح ميسوراً ممكناً ، أو على الأقل قريباً من المماثلة ، وليلاحظ أن القصاص من الجاني لا يُستخدم فيه التخدير ، أو أية مادة أخرى تخفف عن الجاني، لأنه ما خفف عن المجني عليه ، وهو يرتكب جريمته عامداً قاصداً شجه أو جرحه ، فليذق وبال أمره ، وليشرب من الكأس نفسها - كأس الآلام - التي أذاقها للمجني عليه " (١) .

٣- أن القصاص يكون مثل شجة المجني عليه طويلاً ، وعرضاً ولا يراعي العمق ، لأن حده العظم ولو روعي العمق لتعذر الاستيفاء لأن الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفي في الطرف بمثله ، وإن اختلفا في الصغر والكبر ، والدقة والغلظ ، ويراعى الطول والعرض ، لأنه ممكن فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفي قدر الشجة ، وإن كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت وإن استوعبت رأس الشاج كله وهي بعض رأس المشجوج ، لأنه استوفاه بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجاني ، لأن الجميع رأس ، وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني ، فإنه يستوفي في الشجة في جميع رأس الشاج ، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته ، لأنه يقتص في عضو آخر غير العضو الذي جنى عليه (٢) ، وفي الجراح يقتص بمثل الجاني ما أمكن ذلك على غرار ما سبق في الشجة .

٤- أنه في حالة تعذر القصاص في الأطراف ، والجروح يجب على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزيرية مع الدية تتناسب مع غلظ الجريمة وتطفئ غيظ المجني عليه ، فإنه ما رفع القصاص إلا منعاً لوقوع الظلم على الجاني ، وليس تبريراً لجرمه ، ولا تسهلاً فإن من لا يرحم لا يرحم (٣) .

(١) تفسير النصوص وآيات القصاص والديات ص ٢٢٥ .

(٢) راجع المغني ج ٨ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) العقوبة للشيخ/ أبي زهرة ص ٤٠٤ ، نظرة إلى العقوبة في الإسلام ص ١٨٢ ، تفسير النصوص ص ٢٢٦ .

٥- أننا رجحنا رأي الظاهرية على رأي الجمهور ، لأنه أقرب إلى النص القرآني الموجب للقصاص ﴿والجروح قصاص﴾^(١) سواء كانت الجروح شجاجاً ، أو غيرها وأيضاً فإنه يمكن الاستيفاء في عصرنا الحاضر بمعرفة علماء طب الجراحة ، وإذا لم تتحقق المماثلة تماماً فلنسدد ، ولنقارب ، ولنجتهد في عدم الحيف والزيادة وقد اختار الإمام محمد أبو زهرة رأي الظاهرية ونصره فقال: " ونميل إلى قول الظاهرية فإن الجروح كلها يكون فيها القصاص أو الشجاج كلها يكون فيها القصاص " ثم قال " وإني أحب أنه بمقدار تطبيق القصاص في الجروح يكون القرب من النص والبعد منه ، والأولى أن يطبق النص تطبيقاً كاملاً ما أمكن والله أحكم الحاكمين^(٢) ، والله أعلم .

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٢) العقوبة للشيخ/أبي زهرة ص ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، نظرة إلى العقوبة في الإسلام ١٨٣ .

٣٠ - دية المَنقَلة خمس عشرة

فريضة من الإبل وهي عشر الدية ونصف عشرها

قال أبو عمر : لا يختلف العلماء أن في المَنقَلة خمس عشرة فريضة ، وهي عشر الدية ونصف الدية ، ووصف العلماء لها متقارب جداً .

ثم كرر بعدها : و لا خلاف أن في المَنقَلة خمس عشرة فريضة من الإبل ، واتفقوا على أن ذلك عشر الدية ونصف عشرها (١) .

المَنقَلة ، أو المنقولة وهي : " التي تنقل العظام من مكانها فصار يخرج منها العظام " (٢) .

وفي هذا الإجماع نظر يقول ابن حزم : ولا أعلمهم اتفقوا في المنقلة إذا جناها حر مسلم خطأ عشر الدية ونصف عشرها (٣) .

وذكر الإمام ابن رشد فيها تفصيلاً آخر فقال : " وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمداً فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف ، حكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ، ومن المأمومة (٤) .

ويقول ابن قدامة فأما فوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص إلا ما روى عن ابن الزبير أنه أقاد من المنقلة (٥) .

ويقول ابن رشد في موضع آخر : اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٢٣ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦٠ ، تفسير النصوص ص ٢٢١ .

(٣) مراتب الإجماع ص ١٤٢ .

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ .

(٥) المغني جـ ٨ ص ٢٥٦ .

(٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ .

وابن حزم أوجب كذلك القصاص في الشجاج كلها ، ولم يجعل في الخطأ شيئاً (١) .

وجمهور العلماء على ما حكاه ابن عبد البر بأن فيها الدية خمس عشرة من الإبل ، ولا قصاص فيها .

(١) عند الأحناف :

" وفي المنقلة عشر ونصف " (٢) .

(٢) وعند المالكية :

" اختلف قول مالك كما يقول ابن رشد فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية " (٣) .

(٣) يقول النووي :

" وفي منقلة خمسة عشر " (٤) .

(٤) قال ابن قدامة :

" روى عن العباس بن عبدالمطلب عن النبي ﷺ أنه قال : " لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة " (٥) ، ولا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص - أي فيما فوق الموضحة - إلا ابن الزبير أنه أقاد من المنقلة (٦) ، وذكر أن ديته خمسة عشر من الإبل .

(٥) وأوجب ابن حزم :

القصاص في الجروح كلها يقول بعد أن ذكر أنواع الجراح وأقسامها : فقال بعض السلف : " كما قدمنا لا قصاص في العمد في شيء منها إلا في الموضحة وحدها ، وادعوا أن المماثلة في ذلك متعذرة ، وقال آخرون ، بل القصاص في كلها والمماثلة ممكنة - كما أمر تعالى -

(١) المغلى جـ ١٠ ص ٤٦١ .

(٢) الاختيار جـ ٤ ص ١٠٠ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ .

(٤) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٨ .

(٥) رواه ابن ماجه في سننه حديث ٢٦٥٥ .

(٦) المغني جـ ٨ ص ٢٥٦ .

وقد ذكرنا بطلان قول من منع من القصاص فيها برأيه قبل فأغني عن إعادته ويكفي في ذلك عموم قول الله ﷻ : ﴿وَالْجُرُومُ قِصَاصٌ﴾^(١) برفع الحاء ولم يوجب ابن حزم في الخطأ شيئاً أصلاً^(٢) .

❁ والسذي يراه الباحث أن هناك فرقاً بين العمد والخطأ فما كان خطأ ففيه الدية خمسة عشر من الإبل كما ثبت في حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده^(٣) .

وأما ما كان عمداً ففيه القصاص وهو ممكن في عصرنا الحاضر بالاستعانة بأهل التخصص ، وهم الأطباء المسلمون المهرة كما سبق وذكرناه أثناء الحديث عن الجائفة - وذلك رداً للجاني ، وحفاظاً على أرواح الأمنيين قدر الإمكان^(٤) ، والله أعلم .

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٦١ ، ٦٢ .

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٥٦ .

(٤) تفسير النصوص ص ٢٢٥ .

" ٣١ - دية الموضحة "

وهي من شجاج الرأس أو الوجه ، وليس في الشجاج ما فيه قصاص سواها ، ولا يجب المقدر في أقل منها ، وهي التي تصل إلى العظم سميت موضحة لأنها أبدت وضوح العظم ، وهو بياضه .

قال ابن عبد البر : " الموضحة في الوجه والرأس مجتمع عليها يشهد الكافة من العلماء أن رسول الله ﷺ : وقت فيها نصف عشر الدية ، وأجمعوا على ذلك ، وروى من نقل الأحاد العدول مثله " (١) .

وكررهما في التمهيد بلفظ : " لا يختلفون أن الموضحة فيها خمس من الإبل " (٢) .

لكن نقل ابن قدامة خلافاً عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس فيجب في موضحة الوجه عشر من الإبل ، لأن شئنها أكثر وذكره القاضي رواية عن أحمد .

وذكر ابن قدامة رواية أحمد أنه قال : موضحة الوجهة أخرى أن يزداد في ديتها " ثم رد موجهها هذه الرواية وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر - والله أعلم - إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية ، فإنه إذا وجب في موضحة الرأس خمس من الإبل ، فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن ، وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح ، أ.هـ (٣) .

ونلاحظ أن ابن قدامة جعل القول بالخمس قول أكثر أهل العلم ، وليس إجماعاً كما ذكر ابن عبد البر ، وأصحاب المذاهب الأربعة والظاهرية على أن فيها نصف العشر .

(١) الاستذكار ج ٥ ص ١٢١ .

(٢) التمهيد ج ١٧ ص ٣٦١ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٣٦٧ .

(١) يقول عبدالله بن محمود الموصلي :

" وفي الموضحة الخطأ نصف عشر الدية " (١) .

(٢) قال الدردير :

" عن دية الشجاج " والموضحة فنصف عشر " (٢) .

(٣) قال النووي :

" في المنهاج : في موضحة الرأس ، أو الوجه لحر مسلم خمسة أبعة " (٣) .

(٤) قال عبدالله بن أحمد المقدسي في العمد :

" ثم الموضحة وهي التي وصلت إلي العظم ، وفيها خمس من الإبل " (٤) .

(٥) وفقهاء الظاهرية :

" على أن فيها خمسا من الإبل " (٥) .

فالجمهور على أن فيها خمس من الإبل ، وهو الراجح ، وحجتهم حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده الطويل في الديات : " وفي الموضحة خمس من الإبل " وهو حديث مشهور (٦) .

وحجة سعيد بن المسيب حجة عقلية حيث أن الموضحة في الوجه شينها أعظم من التي في الرأس حيث أن الشعر ، أو العمامة يسترها أما موضحة الوجه فلا سائر لها ، وهو قريب من توجيه رواية الإمام أحمد التي أولها ابن قدامة لكن هذا الدليل لا يصح لوجود الأثر الثابت عن النبي ﷺ كما سبق ، والله أعلم .

(١) الاختيار جـ ٤ ص ١٠٠ .

(٢) الشرح الصغير جـ ٤ ص ٩٤ .

(٣) السراج الوهاج شرح المنهاج ص ٤٩٦ .

(٤) العمد ص ٤٥٥ .

(٥) المحلى جـ ١٠ ص ٤١١ .

(٦) أخرجه النسائي جـ ٨ ص ٥٧ ، باب القسامة ، الدارمي في سننه جـ ٢ ص ٢٤٧ ، باب الدية في قتل العمد .

٣٢ - صفات الجنين الذي تجب الدية بقتله

٣٣ - وشروط الأم التي تلقى به

ورى الإمام البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها ، وما في بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ : فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة : عبد ، أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ، ومن معهم ، فقال حمْلُ بن مالك الهذلي : يا رسول الله : كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ، ولا نطق ، ولا استهل ؟ فمثل ذلك يطل ، فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من إخوان الكهان من أجل سجعه الذي سجع ^(١).

❁ وهذا الحكم ثابت عند علماء المسلمين :

يقول أبو عمر : " أجمع العلماء أن الغرة تجب في الجنين الذي يسقط من بطن أمه ميتاً ، وهي حية في حين سقوطه " ^(٢).

وقال في موضع آخر : قال مالك : لم أسمع أحداً يخالف في أن الجنين لا تكون فيه الغرة حتى يزايل بطن أمه يسقط من بطنها ميتاً ، قال أبو عمر : " هذا كله من قوله إجماع لا خلاف بين العلماء فيه أن الجنين لا يجب فيه شيء حتى يزايل بطن أمه " ^(٣).

وكرر ص ٧٧ : " لم تختلف الروايات عن النبي ﷺ في الجنين يسقط ميتاً بضرب بطن أمه وهي حية حين رمته ، بغرة عبد أو وليدة " ^(٤).

وقال : وإن لم تلقه وماتت وهو في جوفها لم يخرج فلا شيء فيه ولا حكم له وهذا أيضاً إجماع لا خلاف فيه ^(٥).

(١) رواه البخاري كتاب الديات باب جنين المرأة جـ ١٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٣ ، ومسلم في كتاب القسامة باب دية الجنين ، وأبو داود كتاب الديات باب الجنين ، الظر نيل الأوطار ج ٧ ص ٦٦ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٧٨ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٨١ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٧٧ .

(٥) الاستذكار جـ ٦ ص ٤٨٢ .

وقال " قد أجمعوا أنها لو ماتت من الضرب ، ولم تلق الجنين أنه لا شيء فيه ^(١) .

❖ فهنا مسألتان أو شرطان لوجوب الغرة :

- ١- أن تلقى الحامل جنينها ميتاً .
- ٢- أن تكون الأم حية حين إلقاءها للجنين ، حتى تجب فيه الغرة ، فهما مسألتان ، وفي ادعاء الإجماع في كليتهما نظر لأن الإمام ابن حزم لا يشترط هذين الشرطين فقد أوجب الدية في الجنين إذا مات سواء مات أمه أو لم تمت ألقته أو لم تلقه .

قال : " إن قتلت حامل بينة الحمل فسواء طرحت جنينها ، أو لم تطرحه فيه غرة ولابد ، لما ذكرنا من أنه جنين أهلك ، وهذا قد اختلف الناس فيه ^(٢) .

وحكى عن الزهري أنه كان يقول : إذا قتلت المرأة ، وهي حامل قال : ليس في جنينها شيء حتى تقذفه وبهذا يقول مالك ، ثم قال مصوراً رأيه : " لم يشترط رسول الله ﷺ في الجنين إلقاءه ، ولكنه قال ^(٣) في الجنين غرة عبد ، أو أمة كيف ما أصيب ألقى أو لم يلق ففيه الغرة المذكورة ، إذا قتلت الحامل فقد تلف جنينها بلا شك وبالله التوفيق ^(٣) .

ويظهر أثر الخلاف في مسألتين :

- ١- إذا ثم ضرب الأم فمات الجنين ولم تطرحه أمه .
 - ٢- إذا مات الجنين ماتت أمه .
- ففي الحالتين لا تجب الدية على رأي الجمهور ، وعلى ما حكاه ابن عبد البر من إجماع في المسألتين .
- وتجب في كليتهما الدية عن ابن حزم .
- أما عند جمهور العلماء فعلى ما قاله ابن عبد البر من اشتراط كون الأم حية ، وإلقاءها للجنين .

(١) الاستذكار ج ٥ ص ٨٩ .

(٢) المغلي ج ١١ ص ٢٨ ، ٢٩ .

(٣) المغلي ج ١١ ص ٢٨ ، ٢٩ .

(١) يقول الأحناف :

ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة خمسون ديناراً على العاقلة ذكراً كان ، أو أنثى ، ثم قال : " وإن ألقت ميتاً ، ثم ماتت ففيه ديته والغرة ، وإن ماتت ثم ألقت ميتاً ففيها الدية ، ولا شيء فيه (١) "

(٢) وعند المالكية :

يقول ابن رشد " وأما صفة الجنين الذي تجب فيه - الغرة - فإنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتاً ، ولا تموت أمه من الضرب ، واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ، ثم سقط الجنين ميتاً (٢) .

(٣) يقول النووي :

في الجنين غرة إن انفصل ميتاً بجناية في حياتها ، أو موتها ، وكذا إن ظهر بلا انفصال في الأصح ، وإلا فلا (٣) .

(٤) قال ابن قدامة :

فأما إذا ألقت ميتاً فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقت في حياته ، أو بعد موتها ثم قال : " ولا يثبت حكم الولد إلا بخروجه " (٤) .
وحجة الجمهور في اشتراط إلقاء الجنين هو التيقن من وجود حمل في بطن الأم المعتدى عليها .

يقول الإمام الشيرازي : " وإن ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ ، أو بطن امرأة تجد حركة في بطنها فسكتت الحركة لم يجب عليه شيء ، لأنه يمكن أن يكون ريحاً فانفشت فلم يجب الضمان مع الشك (٥) .

وأيضاً لأن أموال الناس معصومة إلا بحقها ، ولا يمكن الخروج من العهدة الأصلية وهي براءة الذمة إلى إيجاب شيء من الأموال إلا بيقين لا شك فيه لذا يرى الباحث أن رأي الجمهور هو الأولى بالصواب ولصحة الآثار الواردة في ذلك ، والله أعلم بالصواب .

(١) انظر الاختيار لتعليل المختار ج٤ ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، بدائع الصنائع ج٧ ص ٤٨٠ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٤١٦ ، الشرح الصغير ج٤ ص ٩٢ ، ٩٣ .

(٣) مغني المحتاج ج٤ ص ١٠٣ .

(٤) المغني ج٨ ص ٣١٧ .

(٥) تكملة المجموع شرح المهذب ج٢٠ ص ٤٧١ ، المغني ص ٣١٧ .

" ٣٤ - لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد "

القسامة في اللغة اسم مصدر لأقسم قسماً وقسامة أي حلف حلفاً وفي الاصطلاح : الإيمان المكررة التي تكون في دعوى القتل من جهة أولياء القتيل أو من المدعى عليهم ، وقال أهل اللغة إن القسامة هي القوم الذين يحلفون سموها باسم المصدر كما يقال : رجل عدل ، ورضى ، وأي الأمرين كان فالقسامة تعني الإيمان التي يقسم بها على دعوى الدم بصفة خاصة حيث يجهل القاتل أو حيث يعلمه الأولياء ، ولكن ليس لديهم شهود ولا بينة ، ولا إقرار من القاتل ^(١) .

قال أبو عمر : "اتفق على أنه لا يقتل بالقسامة إلا واحد ^(٢) ، وقد علق أبو عمر على هذا الإجماع بقوله : " وذلك لأن الذين يقولون تقتل الجماعة بالواحد إذا اجتمعوا على قتله عمداً لا يوجبون قوداً بالقسامة وإنما يوجبون الدية ^(٣) .

وفي هذا الإجماع نظر : " لأن بعض الفقهاء منهم أبو ثور يوجبون بالقسامة قتل الجماعة لأنها بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة .

قال في المغني : " ولا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهري ومالك وبعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لأنها بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة ، وهذا نحو قول أبي ثور ^(٤) .

ويكن أن يضاف إلى ذلك مقولة ابن المنذر وابن حزم حيث حصر ابن المنذر الإجماع الوارد في القسامة في مسألة واحدة

(١) انظر المصباح المنير مادة قسم ، ، المغني ج٦ ص ٣٨٢ ، تفسير النصوص لأستاذنا الدكتور /إسماعيل سالم - رحمه الله - وانظر دليل مشروعيها فتح الباري ج١٢ ص ٢٣١ وما بعدها .

(٢) الاستذكار ج٢٥ ص ٣١٦ .

(٣) الاستذكار ج٢٥ ص ٣١٦ .

(٤) المغني ج٦ ص ٣٩٧ .

قال: "وأجمع أهل العلم على أن من حلف بالله في القسامة فهو حالف ، وهذا جميع ما في القسامة والإجماع " (١) .

وقال ابن حزم : " لم يتفقوا في القسامة على شيء يمكن جمعه (٢) والجمهور على مشروعية القسامة ولم يخالف في مشروعيتهما سوى سالم ابن عبدالله وأبو قلابة وعمر بن عبدالعزيز وابن عليه " (٣) .

✽ أما ما يجب بالقسامة :

١- فاتفق الفقهاء القائلون بها أن الدية تجب بالقسامة على العاقلة في القتل الخطأ أو شبه العمد ، مخففة في الأول ، ومغلظة في الثاني .

٢- أما في القتل العمد فيرى الحنفية ، والشافعية في المذهب الجديد ، أنه لا يجب بها القصاص أصلاً ، وإنما تجب الدية حالة في مال المقسم عليه " المتهم " لخبر البخاري إما أن تَدَّوا صاحبكم ، أو تأذنوا بحرب ، فقد أطلق النبي ﷺ إيجاب الدية ولم يفصل بين العمد والخطأ ، ولو صلحت أيمان القسامة لإيجاب القصاص لذكره ﷺ ولأن القسامة حجة مشتملة على شبهة ، ولأن اليمين تفيد غلبة الظن فلا توجب القصاص احتياطياً لأمر الدماء التي لا تراق بالشبهة كالأثبات بالشاهد ، واليمين .

وقد روى إيجاب الدية عن عمر وعلي في قتل وجد بين قريتين على أقربهما إليه (٤) .

قال في الاختيار : " يختار منهم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ثم يقضى بالدية على أهل المحلة (٥) .

ويقول الخطيب الشربيني : كما أنها ليست كالبيننة في العمد فإنه لا يجب بها القصاص بل دية (٦) .

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٩٦ .

(٢) مراتب الإجماع ص ١٤٣ .

(٣) النظر بداية الاجتهاد ج ٢ ص ٤٢٧ .

(٤) النظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢٣ ، وما بعدها .

(٥) الاختيار ج ٤ ص ١١٥ .

(٦) مغني المحتاج ج ٤ ص ١١٧ .

٣- وقال المالكية والحنابلة والظاهرية : " ويجب القصاص بالقسامة في القتل العمد " ، لكن عند المالكية : إذا تعدد المتهمون لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد وكذلك عند الحنابلة لكن لا قصاص عند الحنابلة إذا وجد مانع يمنع منه كعدم المكافأة^(١) ، وقال في المغني : " وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد " ^(٢) .

❖ والذي يراه الباحث أنه يسحق بالقسامة قتل شخص واحد فقط بعينه أولياء القتل ويحلفون عليه ، ولا يقتل بها جماعة وذلك لقول النبي ﷺ : " يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته " ^(٣) .

فخص بها الواحد ، ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل في قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الأصل فيما عداه ، وبيان مخالفة الأصل بها أنه تثبت باللوث - واللوث شبهة مغلبة اللوث يعني الشبهة الضعيفة غير الكاملة^(٤) على الظن صدق المدعى ، ولأن الإيمان في سائر الدعاوى تثبت ابتداءً في جانب المدعى عليه ، وهذا بخلافه .

وبيان ضعفها كذلك أنه ثبت بقول المدعى ، ويمينه مع التهمة في حقه والشك في صدقه وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في إثبات حق لغيره فلأن يمنع من قبول قوله وحده في إثبات حقه لنفسه أولى وأحرى .

وفارق البينة فإنها قويت بالعدد ، وعدالة الشهود ، وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ، ولا نفعاً ولا يدفعون عنها ضرراً ، ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ، ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنتفى بالشبهات^(٥) ، والله أعلم .

(١) انظر بداية المجتهد ج٢ ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٨٨ ، ٢٩٧ ، الشرح الصغير ج٤ ص ١٠٥ ، المحلى ج١١ ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) المغني ج٦ ص ٣٩٧ .

(٣) المغني ج٦ ص ٣٩٧ ، المحلى ج١١ ص ٧٧ .

(٤) المصباح المنير مادة لوث ص ٥٦٠ ط دار المعارف .

(٥) المغني ج٦ ص ٣٩٨ ، العدة شرح العمدة ص ٤٦٢ ، وما بعدها ، المحلى ج١١ ص ٧٦ ، ٧٧ .

﴿ الباب الثاني ﴾

إجماعات ابن عبد البر دراسة تأصيلية نظرة ابن عبد البر لإجماعات الفقهاء المفهوم والأبعاد

ويحتوي على الفصول الآتية ...

- (١) الفصل الأول : الأدلة الشرعية عند ابن عبد البر وأثرها في منهجه الفقهي .
- (٢) الفصل الثاني : مفهوم الإجماع عند علماء الأصول وفقهاء المالكية والفرق بين الإجماع الأصولي النظري والإجماع الواقعي .
- (٣) الفصل الثالث : مفهوم الإجماع عند الحافظ ابن عبد البر وما الذي صح عنده من دعاوى الإجماع .
- (٤) الفصل الرابع : الطعون التي وجهت لإجماعات ابن عبد البر .

" الفصل الأول "

الأدلة الشرعية عند الحافظ

ابن عبد البر

وأثرها في منهجه الفقهي

- (١) المبحث الأول : القرآن .
- (٢) المبحث الثاني : السنة .
- (٣) المبحث الثالث : الإجماع .
- (٤) المبحث الرابع : القياس .

﴿المبحث الأول﴾

"القرآن"

حدد ابن عبدالبر في أكثر من موضع في مؤلفاته الأدلة الشرعية المعتمدة ، وترتيبها فقال مثلاً في الكافي : "والذي ينبغي أن يقضى به ، ولا يتعداه ما في كتاب الله ﷻ ، فإن لم يجد ، ففي ما أحكمته سنة رسول الله ﷺ ، فإن لم يجد فيها نظر فيما جاء عن أصحابه ﷺ فإن كانوا قد اختلفوا تخير من أقاويلهم أحسنها ، وأشبهها بالكتاب ، والسنة وكذلك يفعل بأقاويل العلماء بعدهم ، وليس له أن يخالفهم ، ويبتدع شيئاً من رأيه ، فإن لم يجد اجتهد رأيه ، واستخار الله ، وأنعم النظر فإن أشكل عليه الأمر شاور مَنْ يثق بفقهه ودينه من أهل العلم ، ثم نظر إلى أحسن أقاويلهم ، وأشبهها بالحق فقضى به ، فإن رأى خلاف رأيهم أحسن ، وأشبه بالحق عنده ، فقضى به ، ولا يبطل من قضاء نفسه ، إلا ما يبطل من قضاء غيره قبله ، وذلك ما خالف الكتاب ، والسنة ، أو الإجماع ، فإن لم يكن ذلك أمضاه ، وقضى به في المستأنف بما يراه بعد إلا أن يكون قضى بتقليد بعض الفقهاء ، ثم رأى الصواب في غيره من أقاويل العلماء ، فإن بان له ذلك نقض قضاءه بالتقليد ، وقضى بما يراه مجتهداً بعد (١) .

هذا النص يحدد بصورة لا تدع مجالاً للشك الأصول ، والمصادر التي يعتمد عليها المجتهد في استنباط الأحكام الشرعية ، وترتيب هذه الأصول عنده .

كان ابن عبدالبر يعتمد في استنباط الأحكام والترجيح بين الآراء على الأدلة المعتمدة عنده وعند العلماء ، وسنرى فيما سنعرضه الآن من بعض آراء الفقيهة التي وجدت في كتبه هو أنه لم يكن - مجرد -

(١) الكافي ص ٥٠٩ ط دار الكتب العلمية ، وراجع في نفس هذا المعنى الاستذكار ج ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

٢٨١ ، وراجع جامع بيان العلم ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، ص ١١٥ حيث نظم الأصول التي يعتمد عليها

المفتي في أبيات دقيقة ومحددة .

حافظ للفروع بل له بعض الآراء الاجتهادية الخاصة به مما تجعله يصل إلى مرتبة المجتهد المطلق في المذهب المالكي .

وهناك بعض هذه المسائل باختصار شديد ، لكن نصدر ذلك بكلمة الدكتور / أمين قلنجي محقق كتاب الاستذكار : " لم يكن ابن عبدالبر مالكي المذهب ، بيد أنه كان مجتهداً مطلقاً - وإن كان لنا تحفظ على هذه المقولة - له مدرسته الخاصة ، فالمسائل عنده أساسها الأدلة" (١) .

❖ ومن الأمثلة الدالة على ذلك :

(١) كان ابن عبدالبر يميل في بعض المسائل إلى فقه الشافعي ، مثل عدم الجهر بالبسملة ، والمالكية يرون الجهر (الاستذكار ج ١ ص ١٥٠) .

(٢) ويقول في ج ٢ فقرة ٢٦٨٥ من الاستذكار في موضوع لمس الرجل إمرأته والعكس : وأصحابنا يوجبون الوضوء على من لمس مع الحائل إذا كان رقيقاً ، وكانت الذة موجودة مع اللمس ، وجمهور العلماء يخالفونهم في ذلك وهو الحق عندي .

(٣) ونراه يخالف مالكا والشافعي كثيراً لأن الأدلة لم تكن كافية في نظره ففي ج ٥ فقرة ٦٧٤٤ يقول " الفرائض لا تثبت إلا بيقين ، ويقول : "لا نترك السنن بالظن أو الوهم والآثار إذا تعارضت سقطت (ج ١٢ فقرة ١٧٥٨٧) .

(٤) وخالف المالكية في أن الوسطى هي العصر (٢) .

(٥) كما خالف مالكا في تفضيله المدينة على مكة (٣) .

(٦) وقال : وأما قول مالك أنه لم يبلغه أن رسول الله ﷺ قال : " من قتل قتيلاً فله سلبه " إلا يوم حنين فقد بلغ غيره من ذلك ما لم يبلغه ، وقد نفل رسول الله ﷺ ببدر وغيرها (٤) .

(١) الاستذكار ج ١ ص ١٣٠ .

(٢) تفسر القرطبي ج ١ ص ١٠١٨ ، طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ .

(٣) الاستذكار ج ٧ الفقرة ١٠٢٢٩ ، ١٠٢٥٦ .

(٤) الاستذكار ج ١٤ فقرة ٩٧٦٣ ، بداية المجتهد ج ١ ص ٣٩٧ ، وما بعدها .

(٧) وقال عن احتجا الحنفية والمالكية بحديث ابن عمر " صلاة المغرب وتر صلاة النهار فاجعلوا آخر صلاة الليل وترأ " احتج بهذا الحديث المالكية والأحناف ، وليس فيه حجة واضحة بهذا لأحد الفريقين (١) .

(٨) وفي مسألة جواز تعجيل الزكاة يقول : " استدل الشافعي بحديث استلف رسول الله ﷺ بكرة فجاءته إيل الصدقة فأمر أن يقضى للرجل بكرة " ولا حجة للشافعي فيما استدل به من هذا الحديث في جواز تعجيل الصدقة (٢) .

(٩) يقول حول حديث " المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يفرقا إلا بيع الخيار " ، قد أجمع العلماء على أن هذا الحديث ثابت عن النبي ﷺ واختلفوا في القول به والعمل بما دل عليه فطائفة استعملته وجعلته أصلاً من أصول الدين في البيوع ، وطائفة ردت به ، فاختلف الذين ردوه في تأويل ما ردوه به ، وفي الوجوه التي بها دفعوا العمل به ، فأما الذين ردوه فمالك وأبو حنيفة وأصحابهما لا أعلم أحداً رده غيرهم ، ثم بعد أن يذكر حجتهم يعقب فيقول ، وقد أكثر المتأخرون للاحتجاج لمذهبهما وأكثره تشغيب لا يحصل منه على شيء (٣) .

(١٠) قال تعليقا على رجوع ابن عباس عن الصرف : رجع ابن عباس أو لم يرجع بالسنة كفاية عن قول كل أحد ومن خالفها جهلاً بها رد إليها (٤) .

(١١) وقال تعليقا على رأي مجاهد وغيره : " من أفاض من جمع قبل الإمام - وإن بات بها أن عليه دماً - قال أبو عمر : " أظنهم لم يسمعوا بهذا الآثار - أي التي لا توجب الدم - " (٥) .

(١٢) لم يأخذ برأي مالك ولا الشافعي في نفقة المبتوتة وسكناها ، واختار رأي أحمد بن حنبل بالأسكنى لها ولا نفقة (٦) .

(١) الاستذكار ج ٥ فقرة ٦٧٠٩ .

(٢) التمهيد ج ٤ ص ٦١ .

(٣) الاستذكار ج ٢٠ فقرة ٢٩٩٥٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٠ .

(٤) الاستذكار ج ١٣ فقرة ١٨٠٢٩ ، رخص ابن عباس ص ٣٤١ .

(٥) الاستذكار ج ١٣ فقرة ١٨٠٢٩ .

(٦) ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه ص ٢٧٤ .

❁ ونأتي الآن إلى القرآن ...

فالقرآن مصدر متفق على حجتيه ، ولا ينكر ذلك أحد من المسلمين ، ولا يجوز مخالفته ، بحال ، أو بتعبير ابن عبد البر "الأصول التي يجب التسليم لها ، وهي الكتاب ، والسنة ، أو ما في معناهما " (١).

هذا لا يختلف عليه اثنان ، لكننا هنا سوف نناقش بالدليل كلمة الإمام الذهبي ، وابن خلكان بأن ابن عبد البر كان أول أمره ظاهرياً (٢) لنرى مدى صدق هذا الكلام ولننظر كلام الحافظ نفسه يقول في جامع بيان العلم : " وأما القياس على الأصول ، والحكم للشئ بحكم نظيره ، فهذا ما لا يختلف فيه أحدٌ من السلف بل كل من روى عنه ذم القياس قد وجد له القياس الصحيح منصوصاً لا يدفع هذا إلا جاهل ، أو متجاهل مخالف للسلف في الأحكام " (٣) .

ويعلق على الآثار التي وردت بزم القياس : " أنه القياس على غير أصل ، والقول في دين الله بالظن " (٤) .

وقال في موضع آخر : " والواجب عند اختلاف العلماء طلب الدليل من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس على الأصول منهما " (٥) .

ويقول عن جماعة من أهل البدع من الخوارج ، والمعتزلة ففي تكفير المذنبين ، احتجوا بآيات ليست على ظاهرها مثل : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ (٦) ، ﴿ أَنْ تَجْبُطَ

(١) جامع بيان العلم جـ ٢ ص ٨١ ، ص ١١٠ ، الاستذكار جـ ٨ ص ١٠٩ ، جـ ٢١ ص ١٠١ .

(٢) سير أعلام النبلاء جـ ١٣ ص ٥٢٤ ، ٥٢٥ .

(٣) جامع بيان العلم جـ ٢ ص ٧٧ ، ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقہ ص ١٢١ .

(٤) المصدر السابق جـ ٢ ص ٢٧٧ .

(٥) المصدر السابق جـ ٢ ص ٨٠ ، راجع الاستذكار جـ ٩ ص ١١٤ .

(٦) سورة المائدة : الآية ٤٤ .

أَعْمَالَكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ ﴿١﴾ ، ﴿وَهُمْ يَحْسِبُونَ أَنَّهُمْ يَحْسِنُونَ صَنِيعًا﴾ (٢) .

ثم دعم رأيه بقول ابن عباس : " كفر دون كفر " (٣) ، وقال تعليقاً على حديث ابن عمر : " من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله " أنه قد ورد حديث في الذي تقوته صلاة العصر أشد من هذا الحديث في ظاهره ، وليس على ظاهره ، وهو : " من فاتته صلاة العصر حبط عمله " أي حبط عمله فيها فلم يحصل على أجر من صلاها في وقتها ... لا أنه حبط عمله جملة (٤) ، فيتضح من هذه الآثار ، وغيرها كثير أن ابن عبدالبر لم يكن ظاهرياً يوماً من الأيام كما يقول إسماعيل الندوي (٥) وذلك لقوله بغير ظاهر الآيات والأحاديث ولقوله بالقياس وسيأتي في مبحث موقف الحافظ ابن عبدالبر من القياس .

(١) سورة الحجرات : الآية ٢ .

(٢) سورة الكهف : الآية ١٠٤ .

(٣) التمهيد جـ ١٧ ص ١٦ .

(٤) التمهيد جـ ١٤ ص ١٢٤ ، جـ ٢ ص ١٦١ ، جـ ١٢ ص ١٢٤ ، جـ ١٨ ص ٢١٨ ، الاستذكار جـ ٦ ص ٢٦٥ ، ٣٤٥ ، جـ ٨ ص ١٤٢ .

(٥) ابن عبدالبر وأثره في الحديث والفقه ص ١٤٢ ، وراجع رده على الظاهرية بحدة الاستذكار جـ ٩ ص

﴿المبحث الثاني﴾

"السنة"

إن الحديث في هذا الفصل يركز على منزلة السنة التشريعية وكونها دليلاً من أدلة إثبات الأحكام الشرعية ، ومنزلتها من الأدلة الأخرى ، أما السنة عند الحافظ ابن عبد البر وجهوده فيها ومقاييس القبول والرد ، ومصطلحاته الخاصة فليس هنا موضع ذكرها ، بل هناك رسالة كاملة عن جهود ابن عبد البر في السنة عنوانها " مدرسة الحديث في الأندلس ، وإمامها عبد البر " (١) .

أما السنة كمصدر تشريعي فإن الأدلة الشرعية عند ابن عبد البر أربعة بهذا الترتيب " القرآن ، فالسنة ، فالإجماع ، فالقياس " (٢) يقول أبو عمر : " والذي ينبغي له أن يقضى به ، أو لا يتعداه ما في كتاب الله ﷻ ، فإن لم يجد ففي سنة رسول الله ﷺ فإن لم يجد نظر فيما جاء عن الصحابة ، فإن كانوا قد اختلفوا تخير من أقوالهم أحسنها ، وأشبهها بالكتاب والسنة " (٣) .

ويقول في موضع آخر : " فغير جائز عند أحد أن يفتي ولا يقضي حتى يتبين له وجه ما يفتي به من الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع ، أو ما كان في معنى هذه الأوجه " .

ويقول : " الواجب عند اختلاف العلماء طلب الدليل من الكتاب والسنة ، الإجماع ، والقياس على الأصول منها " (٤) .

(١) مدرسة الحديث في الأندلس وإمامها ابن عبد البر رسالة مقدمة من الطالب السوري/ صالح أحمد رصا بكلية أصول الدين جامعة الأزهر ، إشراف الشيخ/ شاكر محمود عطيه رقم ٢١ ، ونوقشت ١٩٩٧م .

(٢) مدى حجية الأدلة الاجتهادية د/صلاح سلطان المقدمة .

(٣) الكافي لابن عبد البر ص ٥٠١ .

(٤) راجع جامع بيان العلم ج ٢ ص ٨٠ ، ٨١ ، ١١٥ .

فالسنة عنده مبينة للقرآن وتوضح ما أجمل فيه يقول : " وكذلك الصلاة والزكاة مجملات أوضحها رسول الله ﷺ " ، وقوله ﷺ : **﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾** ^(١) فبينها التعليل بالقول والعمل فمن بيانه **السُّنَّةُ** ما نقله الأحاد العدول ، ومنها ما أجمع عليه السلف والخلف ، فقطع العذر ، ومنها ما اختلفوا فيه " ^(٢) .

لذلك فالسنة عنده **كَلَامٌ وَحْيِي** يجب العمل بها ، ولا تجوز مخالفتها بحال ^(٣) ، حتى إن الإجماع الذي قد أعطاه سلطة كبيرة مستغنى عنه مع السنة : " إذا ثبت الحكم بالسنة فالإجماع مستغنى عنه مع السنة " ^(٤) .

ويقول : " ليس أحدٌ حجةً مع السنة " ^(٥) ، ولذا فهو لا يألو جهداً في العمل بالأحاديث إذا ثبتت عنده ، ويحاول الجمع بينهما ، العمل برأسها جميعاً انطلاقاً من القاعدة الأصولية : " إعمال النص أولى من إهماله " .

فيقول مثلاً في حجة بعض أهل المدينة ابن المسيب والزهري في إجازة حيوان بحيوان نسيئة استندوا إلى حديث ابن عمر في تجهيز النبي ﷺ الجيش فكان ابن عمر يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ، وحجة مالك في المنع حديث سمرة بن جندب على ما قاله مالك من اختلاف الغرض والمنفعة ، وبهذا لم يتدافع الحديثان ، واستعمالهما على وجه ما أولى من رد بعضهما على بعض ^(٦) .

ويقول أما الصحابة فاختلّفوا في نكاح المتعة ، فذهب ابن عباس إلى إجازتها ، فتحليلها لا خلاف عنه في ذلك ، وعليه أكثر أصحابه ، عطاء وسعيد بن جبير وطاوس ، وروى عن أبي سعيد الخدري ، وجابر تحليلها ، وكان الناس يحذرون من مذهب ابن عباس والمكيين في المتعة

(١) سورة النحل : الآية ٤٤ .

(٢) الاستذكار جـ ١ ص ١٨٩ .

(٣) جامع بيان العلم جـ ١ ص ٩٦ .

(٤) جامع بيان العلم جـ ٢ ص ٢٦ ، ابن عبد البر ، وأثره في الحديث والفقه ص ٢٤٧ وما بعدها .

(٥) الاستذكار جـ ١٦ ص ٣٠٣ جـ ٢١ ص ١٠١ .

(٦) الكافي ص ٣١٨ ، وراجع الاستذكار جـ ٢٧ ص ١٦٢ ، ٣٣٤ ، جـ ٤ ص ٢١٠ ، جـ ٧ ص ١٨٨ .

والصرف ، والكوفيين وابن مسعود في النبيذ الشديد ، ومن مذهب أهل المدينة في الغناء ، وليس أحد من خلق الله إلا يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله ﷺ وجعل أقوال الصحابة فيما لا مجال للرأي فيه من السنة، فقال في الاستذكار ج ٩ ص ١١٨ " ما لا مجال فيه للرأي من رواية الصحابي فهو في حكم المرفوع " .

﴿ المبحث الثالث ﴾

" الإجماع "

أما عن الإجماع كدليل شرعي فإن الحافظ ابن عبد البر يعتبره المصدر الثالث للتشريع ، وهو لا يقبل بحال أن يقدم على السنة ، وإن كان قد أعطاه سلطة كبيرة جداً .

يقول : متى صح الإجماع وجب الاتباع ولم يحتج إلى حجة تستخرج برأي لا يجتمع عليه .

وقال أثناء شرحه لقول محمد بن الحسن عن الأدلة الشرعية : " إذا بان في أقاويل الأئمة أنه خطأ لخلافه نص الكتاب ، أو نص السنة ، أو إجماع العلماء لم يسعه اتباعه ، فإذا لم يبين له ذلك من هذه الوجوه جاز له استعمال قوله " (١) .

ويقول : " الحدود لا تصح إلا بكتاب الله ، أو سنة ثابتة لا معارض لها ، أو إجماع يجب فيه التسليم له " (٢) .

ويقول الدكتور/ صلاح سلطان : " أما الأدلة عند ابن عبد البر بعد الكتاب والسنة فهي الإجماع والقياس فقط .

ويقول أبو عمر : " الاختلاف لا يوجب حكماً ، إنما يوجب الإجماع ، أو الدليل من الكتاب ، والسنة وبذلك أمرنا عند التنازع " (٣) .

ومع هذه المكانة العالية ، والسلطة الواسعة للإجماع فهو يأتي عنده في المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة ، يقول : " إذا ثبت الحكم بالسنة فالإجماع مستغنى عنه مع السنة " (٤) كما سبق ذكره .

(١) راجع جامع بيان العلم ج٢ ص ٢٦ وما بعدها ، ص ١١٥ .

(٢) جامع بيان العلم ج٢ ص ٢٦ ، ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه ص ٢٥٥ ، مدى حجية الأدلة الاجتهادية د/صلاح سلطان المقدمة .

(٣) الاستذكار ج٤ ص ١٣١ ، ١٨٧ ، ج٥ ص ٢٥٧ ، ج٩ ص ١٧٤ وغيرها كثير .

(٤) الاستذكار ج١ ص ١٨٨ ، جامع بيان العلم ج٢ ص ٢٦ ، ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه للسندوي ص ٢٥٥ .

﴿المبحث الرابع﴾

"القياس"

يعتبر القياس هو المصدر الرابع للتشريع عند الحافظ ابن عبد البر، وقد ذكر من قبل النص الدال على ترتيب الأدلة عنده وأن القياس يأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع ، وقد نقل في جامع بيان العلم قول الإمام الشافعي في القياس فقال : " قال الشافعي لا يقيس إلا من جمع آلات القياس ، وهي العلم بالأحكام من كتاب الله فرضه ، وأدبه ، وناسخه ومنسوخه ، وعامه ، وخاصه ، وإرشاده ، ورواياه ، ويستدل على ما احتمل التأويل منه بسنن الرسول ﷺ وبإجماع المسلمين ، فإذا لم يكن سنة ولا إجماع ، فالقياس على كتاب الله ، فإن لم يكن ، فالقياس على سنة رسول الله ﷺ فإن لهم يكن فالقياس على قول عامة السلف الذين لا يعلم لهم مخالف ، ولا يجوز القول في شيء من العلم إلا من هذه الأوجه".

ثم قال أبو عمر : هذا باب يتسع فيه القول جداً ، وقد ذكرنا منه كفاية ، وقد جاء عن الصحابة رضي الله عنهم من اجتهد الرأي والقول بالقياس على الأصول عند عدمها ما يطول ذكره ^(١) ، ثم أخذ يعدد من روى عنه القول بالقياس ومن أنكره .

ومن ثم لا يصح ما ذكره الإمام الذهبي وابن خلكان من أن ابن عبد البر كان أول أمره ظاهرياً كما مر في الحديث عند القرآن ، بل إن ابن عبد البر يعتبر القياس من الأصول التي يجب العمل بها وأنه طريق من طرق العلم ^(٢) .

لكن لا أدري من أين قال الإمام الذهبي هذه الكلمة ، ربما لأن الإمام ابن حزم الظاهري أحد تلاميذ الحافظ ابن عبد البر ، لكن لا يصح هذا الاعتذار ، لأن مجرد النقل أو التتلمذ على شيخ معين لا يجعله مسؤولاً عن أقوال تلاميذه .

(١) جامع بيان العلم جـ ٢ ص ٦١ وما بعدها ص ١١٥ ، وراجع الكافي ص ٥٠١ ، ومواضع لا تحصى من التمهيد والاستدكار .

(٢) راجع الاستدكار جـ ٩ ص ٢٣ ، ٤٥ ، ٤٦ .

لكنه يخالف الإمام مالكاً في نقطة ، وهي : أن الإمام مالكاً لا يقدم القياس على خبر الأحاد إلا إذا كان معتمداً على قاعدة مقررة لا مجال للريب فيها ، لأنه حينئذ يكون قطعياً ، وخبر الأحاد ظني ، والظن إذا عارض قطعياً أخذ بالقطعي ، لكن ابن عبد البر لا يذهب إلى هذا المذهب ، بل هو أقرب لمذهب الإمام أحمد بن حنبل منه إلى مالك ، لأنه لا يوافق أبداً على تقديم القياس على السنة بأي حال ، لأن القرآن والسنة أصل ، والقياس فرع ، فلا يقدم الفرع على الأصل (١) .

ويقول في نظم شعري له محمداً المصادر والأصول التي يرجع إليها الفقيه :

| | | |
|------------------------------|---|------------------------------|
| فإذا اقتديت فبالكتاب وسنة | ∴ | المبعوث بالدين الحنيف الطاهر |
| ثم الصحابة عند عُدْمك سنة | ∴ | فأولئك أهل نهى وأهل بصائر |
| وكذاك إجماع الذين يلونهم | ∴ | من تابعيهم كابرأ عن كابر |
| إجماع أمتنا وقول نبينا | ∴ | مثل النصوص لدى الكتاب الزاهر |
| وكذا المدينة حجة إن أجمعوا | ∴ | متابعين أوائل بأواخر |
| وإذا الخلاف أتى فدونك فاجتهد | ∴ | ومع الدليل فمل بفهم وافر |
| وعلى الأصول فقس فروعك لا تقس | ∴ | فرعاً بفرع كالجهول الحائر |
| والشر ما فيه فديتك أسوة | ∴ | فانظر ولا تحلف بزلّة ماهر |

(١) راجع بيان العلم جـ ٢ ص ١١٥ ، ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه للندوي ص ٢٤٧ .

"الفصل الثاني"

مفهوم الإجماع عند علماء الأصول وفقهاء المالكية
والفرق بين الإجماع الأصولي النظري
والإجماع الواقعي

إن الحاجة الشديدة إلى الحكم على القضايا الجديدة في عصر الصحابة ، بعد وفاة النبي ﷺ هي التي كانت سبباً في ولادة أو نشوء فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد الجماعي ، احتياطياً في الدين ، وتوزيعاً للمسئولية على جماعة المجتهدين - دون دخول العوام - خشية تعثر الاجتهاد الفردي ، أو وقوع المجتهد من الصحابة في الخطأ مع أن الحرج ، والإثم مرفوعان عن الخطأ في الاجتهاد بعد بذل المجهود ، واستفراغ الوسع ، وتشجيعاً على التصدي للفتوى بعد التثبت ، والتحري الشديدين (١) .

وهذا يعني أن الإجماع كان في أول أمره عفويّاً كما يقول أستاذنا الدكتور/محمد سراج (٢) .

❖ تعريف الإجماع :

الإجماع لغة (٣) مصدر من الفعل الرباعي أجمع مادة جُمع من هنا وها هنا ، وإن لم يجعل كالشيء الواحد .

والإجماع الاتفاق ، وجعل الأمر جميعاً بعد تفرقه ، والإجماع الإعداد والتجفيف والإيباس ، وسوق الإبل جميعاً ، والإجماع الاتفاق على الأمر ، يقال : أجمعت الأمر ، وأجمعت عليه .

وأكثر ما يستعمل الإجماع لغة في معنيين :

❖ الأول :-

العزيمة على الأمر والإعداد ، والإحكام ، ويقال : جمع أمره ، وأجمعه ، وأجمع عليه : عزم عليه كأنه جمع نفسه له ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا ذَهَبُوا بِهِ وَأَجْمَعُوا أَنْ يَجْعَلُوهُ فِي غِيَابَةِ الْجَبِّ ﴾ (٤) أي عزموا ومنه قوله ﷺ : ﴿ فَأَجْمَعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ ﴾ (٥) أي

(١) راجع أصول الفقه د/ وهبة الزحيلي ج١ ص ٤٨٦ .

(٢) أصول الفقه الإسلامي ط منشأة المعارف الأسكندرية ص ١٥٦ وما بعدها .

(٣) لسان العرب مادة جمع ، القاموس المحيط باب العين فصل الجيم ، إرشاد الفحول ص ٧١ منهج الفخر الرازي في أصول الفقه رسالة غير مطبوعة بكلية دار العلوم للطالب/ سمير عبد الحميد الحسيكي .

(٤) سورة يوسف ، الآية : ١٥ .

(٥) سورة يونس : الآية ٧١ .

اعزموا ، على أمر تفعلونه بى وقول كعب بن مالك في غزوة تبوك حين تخلف ، فأجمعت صدقه ، أي عزمتم أن أصدقه ، ولا أكذبه ^(١) .

✽ الثاني :

الاتفاق ، يقال : أجمع الرجل أي صار ذا جمع ، وأجمع القوم على كذا أي صاروا ذوي جمع عليه ، فاتفقوا على أمر واحد ، وكل من العزم ، والاتفاق مأخوذ من الجمع ، فإن العزم جمع الخواطر ، والاتفاق جمع الآراء ^(٢) ، والفرق بينهما أن العزم يمكن حدوثه من الفرد كما في حديث : " لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل " ^(٣) ، ويصح العزم من الجماعة ، أما الاتفاق فلا يصلح إلا من اثنين فصاعداً .

أما الإجماع اصطلاحاً فقد اختلف الأصوليون في تعريفه بعد أن اشترطوا ضرورة وجود اتفاق ، فنجد معظم الأصوليين يذكرّون الإجماع منسوباً إلى المجتهدين فقط مثل الأسنوي ^(٤) والآمدي ^(٥) وصدر الشريعة ^(٦) والنسفي ^(٧) وابن قدامة ^(٨) والشوكاني ^(٩) والرازي ^(١٠) وابن اللحام الحنبلي ^(١١) ، وعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ^(١٢) والشيخ محمود خطاب ^(١٣) والشيخ محمد صديق خان ^(١٤)

(١) راجع صحيح البخاري كتاب التفسير ، باب تفسير سورة التوبة المجلد الثامن من فتح الباري .

(٢) راجع فواتح الرحموت بهامش المستصفى للفرزالي جـ ٢ ص ٢١١ .

(٣) رواه الترمذي " كتاب الصيام " باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل رقم (٧٢٦) ، وفي المسند : " من لم يجمع الصيام قبل الفجر ، فلا صيام له جـ ٦ ص ٢٨٧ ، قال ابن حجر في تلخيص الحبير : " سنده صحيح " جـ ٦ ص ٣٠٤ .

(٤) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول تحقيق محمد حسن هيتو ص ٤٥١ .

(٥) الإحكام جـ ١ ص ٢٨١ .

(٦) التلويح على التوضيح ص ٤٩٨ .

(٧) كشف الأسرار جـ ٢ ص ١٠٣ .

(٨) روضة الناظر ص ٦٧ .

(٩) إرشاد الفحول ص ٧١ .

(١٠) المحصول تحقيق د/ طه جابر العلواني جـ ٤ ص ٢٠ .

(١١) المختصر في أصول الفقه ص ٨٧ .

(١٢) فواتح الرحموت جـ ٢ ص ٢١١ .

(١٣) البداية في أصول الفقه جـ ٢ ص ١١٤ .

(١٤) حصول المأمول ص ٦٦ .

والسالمي^(١) وابن العثيمين^(٢)، والخضري^(٣) وعلى حسب الله^(٤) وعبد الكريم زيدان^(٥) وغيرهم .

وعرفه النظام تعريفاً غريباً : " بأنه كلُّ قول قامت حجتُه ، وإن كان قول واحد " ^(٦) وهذا ضد معناه اللغوي ، ومن الأصوليين من نسب الإجماع إلى الأمة ككل وبهذا يدخل في الإجماع العوام ، وأشهر هؤلاء الإمام الغزالي فقد عرفه بأنه "اتفاق أمة محمد ﷺ خاصة على أمر من الأمور الدينية." ^(٧) .

ونلاحظ أن الغزالي ومن تبعه قصره على الأمور الدينية ، أما الإمام الشوكاني فقد أدخل فيها العقليات ، والعرفيات واللغويات ^(٨) ، ومثله الإمام النسفي^(٩) ، والأسنوي^(١٠) ، والآمدي^(١١) ، ومحمد صديق خان^(١٢) .

وكذلك لم يخص الإمام الغزالي عصره من العصور بل أطلق التعريف كما هو واضح ، كذلك هناك مَنْ قيده بعصر من العصور واشترط أن يكون بعد وفاته ﷺ ^(١٣) .

(١) شرح طلعة الشمس ص ٨٧ ، ط على نفقة حضرة الشيخ سالم بن سلطان الرياني ومعه بهجة الأنوار شرح أنوار العقول في التوحيد والحجج المقنعة في أحكام صلاة الجمعة ط مطبعة الموسوعات باب الخلق بمصر بدون تاريخ .

(٢) الأصول من فهم الأصول ص ٥١ .

(٣) أصول الفقه ص ٣٣٧ .

(٤) أصول التشريع الإسلامي ص ١١٧ .

(٥) الوجيز في أصول الفقه ص ١٧٩ .

(٦) أصول الفقه د/ وهبة الزحيلي ط ص ٤٩٠ .

(٧) المستصفى جـ ١ ص ١٧٣ .

(٨) إرشاد الفحول ص ٧١ .

(٩) كشف الأسرار جـ ٢ ص ١٠٣ .

(١٠) التمهيد للأسنوي ص ٤٥١ .

(١١) الإحكام جـ ١ ص ٢٨١ .

(١٢) حصول المأمول ص ٦٦ ، وراجع في ذلك كله الإجماع لأستاذنا الدكتور/ على جمعة ص ١٥ إلى ص ٢٩ .

(١٣) إرشاد الفحول ص ٧١ ، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ زكريا اليري ، المدخل لأستاذنا الجليل

الدكتور/ على جمعة ص ١٢٠ ، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء مصطفى سعيد الحن

ص ٤٥٣ وانظر الخلي جـ ٩ ص ٤ .

ويتضح مما سبق أن الإجماع بالمفهوم الأصولي يشترط اتفاق كل المجتهدين - دون استثناء ، ولو مخالف واحد - وإذا حدث خرق لهذا الاتفاق ولو بواحد فقط انخرق الإجماع ولم ينعقد ، ولم يشذ عن هذا سوى الطبري ت ٣١٠ هـ ، وأبي بكر الرازي ، وأبي الحسين البصري الخياط ، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه ^(١) ، حيث قالوا بانهقاد الإجماع مع مخالفة الواحد ، وهذا لا يصح على المقياس الأصولي ؛ لأن علماء الأصول عندما وضعوا قواعد استتباط الأحكام الشرعية كان في ذهنهم تصور معين عن المظلة أو السقف الذي يحمي الأحكام الشرعية من الضياع ، أو الذلل ، أو الخطأ ^(٢) ، فجاء تصورهم على هذا النحو الذي يصعب تحقيقه إلا في الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ، أو ما يسمى بأصول الدين كتحريم الخمر والغش والزنا ، وجوب الزكاة وما أشبه كما يقول الشافعي رحمه الله ^(٣) .

أما الإجماع الواقعي ، فهو في أغلب الأحيان اتفاق الأغلبية ، والأكثرية وهذا هو الذي حدث بالفعل وهو الذي سيتضح من هذه الدراسة أثناء الحديث عن الإجماعات التي نقلها الإمام ابن عبد البر ويعضد هذا قوله الإمام أحمد وهو يعي تماماً ما يقول : " مَنْ ادعى الإجماع فهو كاذب " التي رواها عنه ابنه عبد الله في المسائل ^(٤) .

(١) المحصول للفخر الرازي ج ٤ ص ١٨١ ، منهج الرازي في علم الأصول ، رسالة ماجستير غير مطبوعة بمكتبة كلية دار العلوم - سمر عبد الحميد الحسيكي ص ٤١٢ وراجع شرح الورقات في الأصول لأحمد بن قاسم العبادي المطبوع بهامش إرشاد الفحول ص ١٩٤ وما بعدها ، روضة الناظر وجنة المناظر للإمام ابن قدامة ص ٦٧ وراجع اتفاقات ابن رشد من خلال كتابه بداية المجتهد وهي رسالة دكتوراه تقدم بها الطالب / الأمين عبد الحفيظ أبو بكر الرغروغي إشراف أستاذنا الدكتور / محمد بلتاجي ، نوقشت ١٩٩٦ م.

(٢) راجع الاجتهاد في الشريعة الإسلامية د/يوسف القرضاوي ص ٣٧ ، ص ١٥٦ ، المدخل لأستاذنا الدكتور/علي جمعة ص ١٢٠ .

(٣) الرسالة للشافعي تحقيق الشيخ / أحمد شاکر ص ٥٣٤ ، وانظر المحلي ج ٩ ، ص ٤ حيث ذكر أن الإجماع لا يصح إلا في موضوعين :

(١) ما يتقن أن جميع الصحابة عرفوه بنقل صحيح وأقروا به .

(٢) ما يكون ما مخالفه كافراً خارجاً عن الإسلام كشهادة أن لا إله إلا الله ، وراجع مراتب الإجماع ص ٨ ، ص ١٦ .

(٤) راجع أحكام الجنائز لمحمد ناصر الدين الألباني ص ١٧٣ .

وكذا يتضح ما ذكره الشيخ ناصر الدين الألباني : " أن الإجماع بالمعنى الأصولي لا يمكن تحقيقه في غير المسائل التي علمت من الدين بالضرورة كما حقق ذلك الفحول كابن حزم في أصول الأحكام ، والشوكاني في إرشاد الفحول ، وعبد الوهاب خلاف وغيرهم ثم ذكر أنه سبر كثيراً من المسائل التي نقلوا الإجماع فيها : " فوجدتُ الخلاف فيها معروفاً ١ ، بل رأيتُ - والكلام له - مذهب الجمهور على خلاف دعوى الإجماع فيها ١ " ثم ضرب مثلاً بنقل الإمام النووي الإجماع على أن صلاة الجنازة لا تكرر في الأوقات المكروهة ! مع أن الخلاف فيها قديم - وأكثر أهل العلم على خلاف الإجماع المزعوم " (١).

ويقول الدكتور/يوسف القرضاوي : " إن كثيراً مما ادّعى فيه الإجماع من مسائل الفقه قد ثبت فيه الخلاف وقد لمستُ هذا بنفسِي وأنا أبحث في فقه الزكاة في عدد من المسائل " (٢).

كما يرى الشيخ محمد رشيد رضا ، وكذلك أستاذه الإمام محمد عبده أن الإجماع الأصولي لا يمكن أن يتحقق لأنه لا يمكن حصر المجتهدين ، وإن أمكن فالعلم به غير ممكن (٣).

ولعل هذا قد أتى من التساهل في النقل ، أو عدم استخدام كثير من المصطلحات بصورة منضبطة ، أو استخدام مصطلحات لا تدل على الإجماع فهم منها أنها تدل على الإجماع وسيأتي هذا البحث بالتفصيل ونحن نتحدث عن مصطلحات الإجماع عند ابن عبد البر .

✽ ونحن نريد بهذا تحرير مسائل الإجماع ، وتأكيد ، ولا نريد على الإطلاق إبطال الإجماع أو رفضه ، بل محاولة التثبت مما وقع فيه الإجماع بالفعل عن طريق الدراسة العملية لا عن طريق الدعوى المجردة أو بعبارة الدكتور/القرضاوي : " لا نريد مجرد دعوى الإجماع ، فكم من مسائل ادعى فيها الإجماع وقد ثبت فيه الخلاف ، كما

(١) راجع أحكام الجناز ص ١٧٣ ، وراجع ما ذكره أستاذنا الجليل الدكتور/ محمد بلتاجي عن هذه المسائل، وفكرة علماء القرن الثاني الهجري عن الإجماع ، " مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري " جـ ٢ ص ٨٢٩ وما بعدها .

(٢) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ص ٣٧ .

(٣) تفسير المنار جـ ٥ ص ٢٠٦ ، ٢٠٨ .

تدل على ذلك الوقائع الكثيرة ، وإنما الذي نقصد إليه : " هو الإجماع المتيقن الذي استقر عليه الفقه ، والعمل جميعاً " ، وانفقت عليه مذاهب فقهاء الأمة في عصورها كلها ، وهذا لا يكون عادة إلا في إجماع له سند من النصوص ، فالنص هو الحجة والمعتمد ، ولكن الإجماع المستمر على العمل به أعطاه قوة أي قوة ، ونقله من الظنية إلى القطعية ، وإنما قيدنا الإجماع بالمتيقن خشية من دعاوى الإجماع الكثيرة فيما ثبت فيه الخلاف كما يشهد بذلك كل من له اطلاع على المصادر الجامعة لمذاهب العلماء^(١).

ولعل أفضل مثال للإجماع على أن الوضوء سابق على الصلاة مع إيهام النص في قوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾^(٢) حيث أجمعت الأمة على أن الوضوء قبل الصلاة وأن المراد من الآية إذا أردتم القيام إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ... إلخ .

قال الرازي : " اعلم أن المراد بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾ ، ليس المراد نفس القيام بدليل ...

- ١- أنه لو كان المراد بذلك لزوم تأخير الوضوء عن الصلاة ، وذلك باطل بالإجماع .
- ٢- أنهم أجمعوا على أنه لو غسل الأعضاء قبل الصلاة قاعداً أو مضطجعاً لكان قد خرج من العهدة ، بل المراد منه : إذا شمرتم للقيام للصلاة وأردتم ذلك ، وهذا وإن كان مجازاً إلا أنه مشهور متعارف ، وكذا الإجماع على حرمة الخمر ، ولم يرد لفظ التحريم في القرآن بل ورد ﴿ فَاجْتَنِبُوا ﴾ وأجمعت الأمة على أنها للتحريم فلا يجوز حملها على الإرشاد أو الكراهة لعدم استعمال لفظ التحريم ، وأيضاً مثل عقوبة اعتزال النساء في قصة المخلفين - كعب بن مالك ، وهلال بن أمية ، مرارة بن الربيع - في غزوة تبوك لا تجوز لإمام بعد رسول الله ﷺ ، فهو أمر خاص برسول الله ﷺ بالإجماع ، فلا يجوز لحاكم من بعده أن يستدل به فيفعله كنوع تعزير على من أخطأ نفس الخطأ^(٣).

(١) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية د/ يوسف القرضاوي ص ١٤٨ ، ولعل هذا هو الذي جعل ابن عبد البر يركز على فكرة الإجماع ويكثر منه ويتوسع كثيراً فيه .

(٢) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٣) التفسير الكبير ج ١٠ ص ٥٧٩ ، ط دار الفد العربي ، تفسير القرطبي ج ٤ ص ٢٢٨٥ .

" الفصل الثالث "

مفهوم الإجماع لدى الحافظ

ابن عبد البر

وما الذي صح عنده من دعاوى الإجماع

ويشتمل على سبعة مباحث :-

- ١- حجية الإجماع .
- ٢- الإجماع الصريح والسكوتي .
- ٣- المعتد بهم في الإجماع .
- ٤- نسخ الإجماع وتخصيصه .
- ٥- ابن عبد البر وإجماع أهل المدينة .
- ٦- ابن عبد البر والإجماع الأصولي .
- ٧- مصطلحات الإجماع عند ابن عبد البر .

﴿ المبحث الأول : حجية الإجماع ﴾

قال الجرجاني في التعريفات : " الحُجَّة ما دُلَّ به على صحة الدعوى " ، وقيل الحجة والدليل واحد ، ومعنى حجية الإجماع أنه يجب على كل مكلف الأخذ به والعمل بموجبه واعتقاد أن الحكم المجمع عليه حق لا يجوز مخالفته ولا إعادة للاجتهاد في مستنده (١) .

ينظر ابن عبد البر إلى الإجماع على أنه المصدر الثالث للتشريع بعد القرآن والسنة ، واستدل على حجتيه بالآية المشهورة : ﴿ وَمَنْ يَشَاقِقِ الرَّسُولَ ﴾ (٢) ، حيث قال عند حديثه عن عدم الزكاة فيما يستخدم من العبيد والفرس : قال أبو عمر : فأجرى العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الخالفين سائر العروض على اختلاف أنواعها مجرى الفرس والعبد إذا اقتنى ذلك بغير التجارة ، وهم فهموا المراد وعلموه فوجب التسليم لما أجمعوا عليه وأن الله ﷻ قد توعد من اتبع غير سبيل المؤمنين أن يوليه ما تولى ويصليه جهنم وساءت مصيراً (٣) ، كما استدل بحديث " لا تجتمع أمتي على ضلالة " كما سيأتي .

ولذا فهو يعطي الإجماع سلطة كبيرة جداً - بعد أن قسمه إلى توقيفي واجتهادي وسيأتي ذلك بالتفصيل في المبحث السابع - حيث اعتبر منكر حجية الإجماع كافراً ، وأن الذي ينكر حكماً مجمعاً عليه يكون كافراً .

(١) الإجماع للدكتور/ علي جمعة ص ٣٩ .

(٢) سورة النساء : الآية ١١٥ .

(٣) التمهيد ج ١٧ ص ١٣٥ وهو يشير إلى الآية ١١٥ من سورة النساء ، وأرجع مناقشة الدكتور/ صلاح سلطان لاستدلال الأصوليين بهذه الآية في رسالته للدكتوراه " مدى حجية الأدلة الاجتهادية " ص ٧١ وما بعدها .

❖ يقول في التمهيد :

" أن المحرم بأية مجتمع^(١) على تأويلها ، أو سنة مجتمع على القول بها يكفر مستحله ؛ لأنه جاء مجيئاً يقطع العذر ، ولا يسوغ فيه التأويل ، وما جاء مجيئاً يوجب العمل ، ولا يقطع العذر ، وساغ فيه التأويل لم يكفر مستحله ، وإن كان مخطئاً " (٢) .

❖ وقال في الاستذكار أثناء رده على الطحاوي :

" لأن ما ثبت من جهة الإجماع كفر المخالف له بعد العلم به " (٣) .

وبهذا يظهر أن الإجماع حجة عنده يجب المصير إليها ، لذا فهو ينظر إلى الإجماع على أنه مفيد للعلم اليقيني الذي لا تجوز مخالفته ، فقد قال أثناء حديثه عن من لم يوجب المضمضة ، والاستنشاق ، واعتبرهما سنة حجتة في ذلك " أن الله لم يذكرهما في كتابه ولا أوجبهما رسوله ، ولا اتفق الجميع على^(٥) إيجابها ، والفرائض لا تثبت إلا من هذه الوجوه^(٤) .

وقال في غير موضع من التمهيد والاستذكار : " والفرائض لا تثبت إلا بما لا مدفع له ، ولا مطعن فيه " (٥) وهو بالطبع يقصد الأدلة الأربعة من كتاب وسنة وإجماع وقياس وستأتي .

ويقول في موضع آخر تعليقاً على قول الشافعي : " ليس لأحد أن يقول في شيء حلال ولا حرام إلا من جهة العلم ، وجهة العلم ما نص في الكتاب أو في سنة ، أو في الإجماع ، أو القياس على هذه الأصول وما في معناها ، قال أبو عمر : " أما الإجماع فمأخوذ من قوله

(١) نلاحظ هنا أنه استخدم مصطلح " مجتمع عليه " ومصطلح " اتفق " بمعنى الإجماع وهذا لا يصح ولعل الطعن في إجماعه قد أتى لتساهله في هذه النقطة المهمة وسيأتي تفصيلها في البحث السابع أثناء الحديث عن مصطلحات الإجماع .

(٢) التمهيد جـ ١ ص ١٤٧ .

(٣) الاستذكار جـ ٢ ص ٣٠٦ .

(٤) الاستذكار جـ ٢ ص ١٢١ .

(٥) الاستذكار جـ ٤ ص ١٧-١٩ .

عَلَيْكُمْ : ﴿وَيَتَّبِعْكُمْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ ^(١) ؛ لأن الاختلاف لا يصح معه هذا الظاهر ، وقول النبي ﷺ : " لا تجتمع أمتي على ضلالة " ^(٢) ، وعندني أن إجماع الصحابة لا يجوز خلافهم - والله أعلم - لأنه لا يجوز على جميعهم جهل التأويل ، وفي قول الله ﷻ : ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ ^(٣) ، دليل على أن جماعتهم إذا اجتمعوا حجة على مَنْ خالفهم كما أن الرسول ﷺ حجة على جميعهم ، ودلائل الإجماع من الكتاب والسنة كثير ليس كتابنا هذا موضعاً لتفصيلها ^(٤) .

كل هذه النصوص والأقوال لابن عبد البر تدل بما لا يدع مجالاً لأدنى شك على حجية الإجماع .

لكن نلاحظ توسعه في المصطلح حيث عبر بجميعهم ، جماعتهم إذا اجتمعوا على الإجماع وفي هذا إشكال ^(٥) .

(١) سورة النساء : الآية ١١٥ .

(٢) رواه أحمد والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة في تاريخه عن أبي نضرة الغفاري رفعه وله روايات أخرى " كشف الخفاء جـ ٢ ص ٤٨٨ ، مجمع الزوائد جـ ١ ص ١٧٧ ، جـ ٧ ص ٢٢١ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٤٣ .

(٤) جامع بيان العلم وفضله جـ ٢ ص ٢٦ وراجع مدى حجية الأدلة الاجتهادية ص ٧٤ .

(٥) النظر والبحث السابع من الفصل الثالث.

﴿ المبحث الثاني : موقفه من الإجماع الصريح والسكوتي ﴾

i

نلاحظ أن ابن عبد البر يقسم الإجماع إلى صريح ، وسكوتي ، لكنه يعطي النوع الأول سلطة كبيرة جداً واعتبره من جملة السنن التي لا تجوز مخالفتها يقول : " وتنقسم السنة قسماً اثنين أحدهما إجماع الكافة عن الكافة فهذا من الحجج القاطعة للأعداء إذا لم يوجد هناك خلاف ، ومن ردّ إجماعهم فقد رد نصاً من نصوص الله يجب استتابته عليه وإراقة دمه إن لم يتب لخروجه عما أجمع عليه المسلمون وسلوكه غير سبيل جميعهم" (١) .

وعن الإجماع السكوتي : قال أثناء شرحه لحديث إحرام النبي ﷺ بالصحابة ثم تذكر أنه جنب ، أنه لا يصح الاحتجاج به فيجوز من صلى خلف إمام على غير طهارة على مذهب مالك ؛ لأن أصله فعل عمر في جماعة من الصحابة لم ينكره عليه ، ولا خالفه فيه واحد منهم ، وقد كانوا يخالفونه في أقل من هذا مما يحتمل التأويل فكيف بمثل هذا الأصل الجسيم ؟ والحكم العظيم ؟ وفي تسليمهم لعمر ، وإجماعهم عليه ما تسكن القلوب في ذلك إليه ؛ لأنهم خير أمة أخرجت للناس ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، فيستحيل عليهم إضافة إقرار ما لا يرضونه إليهم" (٢) .

لذا لا يصح ما ذكره إسماعيل الندوي من أن ابن عبد البر لا يرضى عن الإجماع السكوتي (٣) أو أنه لا يعتبره حجة ، بل على العكس كما رأينا من النصوص السابقة .

(١) جامع بيان العلم وفضله جـ ٢ ص ٣٣ ، ٣٤ .

(٢) التمهيد جـ ٢ ص ١٨٤ وراجع حديثه عن أوجب سجود التلاوة فرضاً وفعل عمر وابن عمرو لا يخالف لهما الصحابة - الاستذكار جـ ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

(٣) ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه ص ٢٥٧ ، وراجع الاستذكار جـ ٥ ص ٤٤ ، جـ ١١ ص ١٠٥ ومواضع أخرى كثيرة ، وراجع مدى حجية الأدلة الاجتهادية ص ١١٥ .

﴿ المبحث الثالث : المعتد بهم في الإجماع ﴾

إن مذهب ابن عبد البر في الإجماع هو مذهب الجمهور حيث لا يعتد إلا بإجماع المجتهدين دون العوام، لكنه يعتبر إجماع الصحابة أعلى درجة من درجات الإجماع فيقول : " إجماع الصحابة حجة ثابتة ، وعلم صحيح إذا كان طريق ذلك الإجماع التوقيف ، فهو أقوى ما يكون من السنن ، وإن كان اجتهداً ، ولم يكن في شيء من ذلك مخالفاً فهو أيضاً علم وحجة لازمة قال الله ﷻ : ﴿ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى ﴾ ^(١) ، وهكذا إجماع الأمة إذا اجتمعت على شيء فهو الحق الذي لا شك فيه ، لأنها لا تجتمع على ضلال " ^(٢) .

كذلك عند إطلاقه لفظ أجمع العلماء يقصد الفقهاء المتبوعين ، مالك ، والشافعي ، والثوري ، وأبا حنيفة وأصحابه ، والحسن بن حي ، وأحمد بن حنبل وغيرهم من أئمة الفتوى بالأمصار ^(٣) .

لذا هو لا يعتد ببعض طوائف المسلمين ويعتبرهم من المبتدعة قال أثناء حديثه عن أحاديث الشفاعة : " والأثر في هذا كثيرة متواترة ، والجماعة أهل السنة على التصديق بها ، ولا ينكرها إلا أهل البدع ... الخوارج ، والمعتزلة ، والجهمية وسائر الفرق المبتدعة ، وأما أهل السنة ، أئمة الفقه والأثر في جميع الأمصار فيؤمنون بذلك كله ، ويصدقونه ، وهم أهل الحق " ^(٤) .

(١) سورة النساء : الآية ١١٥ .

(٢) التمهيد ج ٤ ص ٢٦٧ ، جامع بيان العلم ج ٢ ص ٢٦ .

(٣) الاستذكار ج ٨ ص ٢٦٢ ، ٢٦٩ ، ج ١٠ ص ١٢٩ ، ٢٣٩ ، ج ١٠ ص ٣٠٩ ، وراجع تعليقه على الاختلاف في مدة النفاس لقال عن إجماع الصحابة : " ولا يجوز عندنا الخلاف عليهم بغيرهم ، لأن إجماع الصحابة حجة على من بعدهم ، والنفس تسكن إليهم فأين المهرب عنهم " الاستذكار ج ٣ ص ٢٥٠ .

(٤) التمهيد ج ١٩ ص ٧٠ ، الاستذكار ج ٢ ص ١٨٤ وقد سوى بين جميع الفرق ولم يخص داعياً إلى بدعته من غير داع ، ج ١٥ ص ٤٠٠ ، وانظر المحلى ج ٩ ص ٤ ، وأضاف إليها الشيعة كذلك انظر الاستذكار ج ١٥ ص ٤٠٠ ، والتمهيد ج ٥ ص ٣٢٤ ، ج ٢٣ ص ٩٨ .

وفي التمهيد جـ ٩ ص ٢٥٠ ، حيث رد على الفرق المبتدعة ومنها الشيعة وأبطل مذاهبهم .

وفي جـ ٨ ص ١٠٣ : ١٠٧ رد على الإباضية ومن ذهب مذهبهم في الإكثار من الماء وحدهم لذلك حداً و سميهم بالبدعة والضلال .

قال في الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٠٠ بالنص الصريح : " وللشيعة في المذهب مسألة على أحوالهم في أن لا ترث ابنة الابن شيئاً مع الابنة ورأينا أن ننزه كتابنا عن مذاهبهم .

وهذا هو الذي دعا الباحث في أثناء دراسته للمسائل والمخالفات إلى الاقتصار على مذاهب أهل السنة والمذهب الظاهري دون غيرها من المذاهب كما سبق في المقدمة .

﴿المبحث الرابع : نسخ الإجماع﴾

يرى ابن عبد البر أن الإجماع لا ينقض ، ولا ينسخ إلا بإجماع مثله ، أو سنة ثابتة لا معارض لها قال أثناء عرضه للخلاف في الوضوء من مس الذكر : " والأصل أن الوضوء المجتمع عليه لا ينتقض إلا بإجماع ، أو سنة ثابتة غير محتملة التأويل " (١) ، وقال في موضع آخر : " أن النجاسة المجتمع عليها لا يحكم بزوالها ، ولا بطهارة موضعها إلا بإجماع " (٢) .

وقال عن اللقطة ، وإثبات الضمان لصاحبها إن طلبها : " والشاة ملك ربها لها صحيح مجتمع عليه ، فلا يزول ملكه عنها إلا بإجماع مثله أو سنة لا إشكال فيها وهذا معدوم في هذه المسألة فوجب الضمان " (٣) .

وقال رداً على قول الأحناف كل ما أزال عين النجاسة فقد طهرها : " والماء وغيره في ذلك سواء وهو قول داود ، وقد كان يلزم داود أن يقوده أصله ، فيقول : " إن النجاسة المجتمع عليها لا تزول إلا بإجماع على زوالها ولا إجماع إلا مع القائلين بأنها لا يزيلها إلا الماء الذي خصه الله بأن جعله طهوراً ، وقال الطحاوي لأسماء عن دم الحيض "حتيه وأقرصيه بالماء " (٤) .

وقال : " لا يخرج من الإسلام المتفق عليه إلا باتفاق آخر أو سنة ثابتة لا معارض لها " (٥) .

هذا مع ملاحظة وجوب التفريق بين نوعين من الإجماع كما ذهب إلى ذلك الشيخ/ على حسب الله في كتابه أصول التشريع ، حيث قال : الإجماع نوعان ..

(١) التمهيد جـ ١٧ ص ٢٠٥ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ١٠٧ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٢ ص ٣٤٥ .

(٤) الاستذكار جـ ٢ ص ١٣٣ ، ص ١٣٧ ، ص ٢٧٠ ، جـ ٣ ص ١٩٣ .

(٥) التمهيد جـ ١٧ ص ٢١ .

(١) إجماع الأمة على حكم مسألة من المسائل الدينية المحضة أو التي لا يستقل العقل بإدراكها وهذا لا بد له من سند . وهذا نسميه إجماع الحكم .

(٢) اتفاق أولي الأمر من الأمة على حكم مسألة لم ينص على حكمها في كتاب أو سنة مما هو مجال للرأي من مصالح الأمة الدنيوية التي تختلف باختلاف الزمان أو المكان ، كالإجماع على إمامة شخص معين أو على إعلان حرب على عدو أو على وضع حد أعلى لملكية الأرض . وهذا النوع يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص والأحوال ، لكنه أيضاً يحتاج إلى دليل جملي من رفع الضرر والخرج ودرء المفسدة وتحصيل المصالح ، وهذا نسميه إجماع الفتوى ، وهذا النوع يتم نسخه صورة لا حقيقة حيث تتغير الفتوى طبقاً لتغير الواقع ، إلا أن الحقيقة واحدة في كل منهما ، وهي : " أن تصرفات ولي الأمر منوطة بمصلحة الأمة " (١) .

كذلك يرى الحافظ ابن عبد البر جواز تخصيص الإجماع بإجماع آخر قال: " أن السنة المجتمع عليها في موتى المسلمين أنهم يُغسلون ، ويكفنون ، ويصلى عليهم ، فكذلك حكم كل ميت وقتل من المسلمين إلا أن يجتمعوا على شيء من ذلك فيكون خصوصاً من الإجماع بالإجماع (٢) .

وهو كذلك يرى تخصيص العام في القرآن بالإجماع يقول : " ولا يجوز لأحد أن ينتفع بدابة من المغنم ، ولا سلاح ولا قوت ، إلا من ضرورة إليه المدة اللطيفة وهذا أصح عندي عن مالك ؟ وما خالف ذلك فلا وجه له ؛ لأن الله قد قسم الغنيمة على ما ذكر في كتابه وحرم غلول شيء منها ، فلا يحل منها إلا ما اتفق عليه فيكون مستثنى بالدليل (٣) .

كما يرى الحافظ ابن عبد البر أنه إذا حدث خلاف ثم حدث اتفاق على أحد القولين ، فهذا الإجماع يقضى على الخلاف ولا يجوز مخالفة هذا الإجماع الذي استقر بعد الخلاف يقول عن التكبير على الجنائز : " التكبير على الجنائز أربع لا غير " ، وهو أصح ما يروى عن النبي ﷺ .

(١) أصول التشريع ص ١٢٧ ، الإجماع د. على جمعة ص ١٤١ .

(٢) الاستذكار ج ١ ص ٢٧٠ ، ج ١٥ ص ٢٣٢ .

(٣) الكافي ص ٢١٣ .

فق التكبير على الجنابة (١) ... ثم قال : " اختلف السلف في عدد التكبير على الجنابة ثم اتفقوا على أربع تكبيرات " .

وما خالف ذلك شذوذ يشبه البدعة ، والحديث روى أن عمر استشار الصحابة في التكبير ، ثم جمعهم على أربع ، وهو قول عامة الفقهاء ، إلا أن ابن أبي ليلى وحده قال : خمساً ، ولا أعلم له سلفاً إلا زيد بن أرقم وقد اختلف عنه في ذلك ، وحذيفة ، وأبا ذر ، وفي الإسناد عنهما من لا يحتج به (٢) .

هذا مع ملاحظة أن ابن عبد البر يشترط صحة الإسناد إلى الفقيه الذي وردت عنه المخالفة - وسنأتي إن شاء الله في بحث مستقل - وذلك لغلبة النزعة الحديثية عليه فهو محدث المغرب ، وحافظ الأندلس بلا منازع .

كذلك يرى ابن عبد البر القياس على الإجماع بل اعتبر ذلك دليلاً مرجحاً بين الآراء الفقهية المختلفة يقول مثلاً عن الآراء التي ذكرت في كيفية صلاة التطوع نهائياً ، ورجح أنها مثني مثني كصلاة الليل بالأثر ، قال : " ودليل آخر وهو أن العلماء لما اختلفوا في صلاة النافلة بالنهار وقام الدليل على صلاة النافلة بالليل وجب رد ما اختلفوا فيه على ما أجمعوا عليه قياساً (٣) .

ويقول في موضوع آخر من الاستذكار : " وما أجمعوا عليه من هذا وجب رد ما اختلفوا فيه إليه قياساً ونظراً (٤) .

(١) التمهيد ج ٦ ص ٣٣٢ وهذه النقطة أيضاً من أسباب تساهله في الإجماع ، وكانت كذلك سبباً في الطعن فيه ، والمسألة خلافية .

(٢) راجع التمهيد ج ٦ ص ٣٣٢ ، ولاحظ اعتداده بالإسناد في الأخذ بالقول .

(٣) التمهيد ج ١٣ ص ٢٤٨ .

(٤) راجع الاستذكار ج ٥ ص ٢٥٧ ، ص ٢٩٠ ، ج ٦ ، ص ٢١٠ ، ج ٩ ص ١٧٤ ، ص ٣٤٣ .

﴿المبحث الخامس : موقفه من إجماع أهل المدينة﴾

إن المتتبع لفتاوى ابن عبد البر ومنهجه الأصولي يجد أنه يُفرّق تفرقة دقيقة بين ما يقبل من عمل أهل المدينة ويصح الاحتجاج به ، وما لا يصح الاحتجاج به فهو لا يقبل عمل أهل المدينة بإطلاق ولا يرفضه بإطلاق وهو في ذلك يخالف الإمام مالك الذي اعتبر اجتماع أهل المدينة حجر الزاوية في فتواه وفي منهجه الأصولي والفقهية كما يقول أستاذنا الدكتور/ محمد البلتاجي ^(١) فالأشياء التي يصح الاحتجاج فيها بعمل أهل المدينة كمقدار المد والصاع ، والآذان .. مما لا يمكن أن يكون قد أخطأ فيه أهل المدينة، أما سائر الأقوال ، والأعمال الفقهية ، فلا يحتج ببلد على بلد ، لأن كل بلد قد أخذت عن نزل بها من الصحابة رضوان الله عليهم.

يقول مثلاً عن الآذان : " إن الآذان عند مالك لم يبلغه فيه حديث من خبر الأحاد ، والآذان والإقامة عنده مأخوذان من العمل بالمدينة ، وهو أمر يصح فيه الاحتجاج بالعمل لأنه شيء لا ينفك منه في كل يوم مراراً ، وقد لا يصح لغيره ذلك ؛ لأن كل بلدة أخذت علم شريعته في أول أمرها عن الصحابة النازلين بها ^(٢) .

ويقول في موضع آخر عن الاختلاف في التسليم في الصلاة هل هو واحدة، أو اثنتان ؟ : " والعمل المشهور بالمدينة التسليم الواحدة ، وهو عمل قد توارثه أهل المدينة كابراً عن كابر ، ومثله يصح فيه الاحتجاج بالعمل في كل بلد؛ لأنه لا يخفى ، لوقوعه في كل يوم مراراً ^(٣) .

ولذا نجد أن ابن عبد البر قد اختار أن إجماع أهل المدينة حجة إذا كان من الإجماع العملي الذي تنقله الكافة ، ويستند إلى نصوص شرعية ولذا يقول في نظم له :

وكذا المدينة حجة إن أجمعوا متتابعين أوائلًا بآواخر ^(٤)

(١) راجع دراسات في السنة ص ٦٢ ، وراجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ٤ ص ٣٨٤ وما بعدها .

(٢) الاستذكار ج ٤ ص ٥٦ .

(٣) الاستذكار ج ٤ ص ٣٩٦ ، وراجع قوله عن التهجير لصلاة الجمعة الاستذكار ج ٥ ص ١٢ وما بعدها .

(٤) جامع بيان العلم ج ٢ ص ١١٥ .

﴿المبحث السادس : ابن عبد البر والإجماع الأصولي﴾

إن المتتبع لأقوال ابن عبد البر الأصولية وحديثه عن المسائل الفقهية يجد أنه أثناء حديثه عن الإجماع لا يقصد المعنى الأصولي الحرفي للإجماع ، أو ما يمكن أن نسميه الإجماع النظري - في المسائل الاجتهادية - بمعنى أنه لا يشترط في انعقاد الإجماع أن يجتمع كل المجتهدين بلا استثناء ، ودون مخالفة لواحد منهم - وسيأتي مزيد من التفصيل في المبحث السابع - وإن لم يصرح بهذا ، لكنه المفهوم من كلامه فيقول مثلاً عن الصحابة وإجماعهم - كما مر - هو أعلى ما يكون من السنن : " وليس أحد من الصحابة ، إلا وقد فاتته من علم السنن ما وجد عند غيره مَنْ هو أقل ملازمة لرسول الله ﷺ " (١) .

وقال في موضع آخر عن الاختلاف في جواز المشي في النعل الواحدة ، وأن على ﷺ مشى في النعل الواحدة ، ويحتمل أن يكون لم يبلغه ما رواه أبو هريرة وجابر في النهي عن ذلك ثم قال : " فما من الصحابة إلا من غاب عنه بعض السنن وكانت عند غيره منهم " (٢) .

ليس هذا في طبقة الصحابة فحسب ، بل عند الفقهاء المتبوعين كذلك يقول عن حديث أبي أيوب الأنصاري في فضل صيام الست من شوال ، وأن الإمام مالكا لم يروه عنه : " لم يبلغ مالكا حديث أبي أيوب على أنه حديث مدني والإحاطة بعلم الخاصة لا سبيل إليه " (٣) .

وكان ابن عبد البر ينفي الإحاطة بعلم الخاصة أي المسائل الاجتهادية وبعض السنن ، وليس المعلوم من الدين بالضرورة ، وأن الإحاطة بهذا العلم عسيرة متعذرة ، ونظرتة هذه هي التي حكمت مفهومه عن الإجماع فاشتراط فيه :

(١) الاستذكار ج ٦ ص ١٤٥ .

(٢) الاستذكار ج ٢٦ ص ١٩٦ ، وراجع تعليقه على حديث ابن جريج عن ابن عمر لما رآه يفعل أربعة أشياء لم ير أحداً من الصحابة يفعلها ... قال " وإنما وقع الاختلاف بين الصحابة بالتأويل المحتمل فيما سمعوه أو رأوه ، أو فيما انفرد بعلمه بعضهم دون بعض " الاستذكار ج ١١ ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٣) راجع الاستذكار ج ١٠ ص ٢٥٩ .

✽ أولاً :

عدم مخالفة الرأي المخالف للسنة ، فإذا خالفها كان شذوذاً لا يعتد به (١) .

✽ ثانياً :

اشترط صحة الإسناد للمخالف حتى يعتد بهذه المخالفة فمثلاً أثناء حديثه عن التكبير على الجنازة وأنه أربعة تكبيرات ، ولم يخالف إلا ابن أبي ليلى : " وقد سبقه حذيفة ، وأبو ذر ، وفي الإسناد عنهما من لا يحتج به " (٢) .

ويقول عن رأي أبي هريرة واشتراطه في الاعتداد بالركعة أن يركع المأموم قبل أن يرفع الإمام رأسه : " وهذا قول لا نعلم أن أحداً قال به من فقهاء الأمصار ، وفيه وفي إسناده نظر " (٣) .

ولذلك اعتبر ابن عبد البر كل مخالفة للأثار شذوذاً وكل مخالفة للجمهور شذوذاً (٤) ، ليس هذا فحسب بل اعتبر إجماع الجمهور هو الحجة التي تلزم الاتباع وما عداها محجوج بها ، فيقول مثلاً عن زكاة الفطر : " عن مالك أنها واجبة ، وبه أهل العلم كلهم إلا بعض أهل العراق قال : هي سنة مؤكدة ، وقال بعضهم : هي فرض واجب ، كذلك اختلف أصحاب داود (٥) ، وسائر العلماء على أنها واجبة ، والقول

(١) الاستذكار جـ ١٠ ص ٢٩٦ ، جـ ٥ ص ٢٦٧ ، وراجع التمهيد جـ ١٥ ص ١٦٩ جـ ١٧ ص ٣٤٥ ، ص ٣٩٨ ، ص ٣٩٩ ، ص ٤٢٠ .

(٢) التمهيد جـ ٦ ص ٣٣٢ فهو هنا يعلم بالمخالفة كما سبق قلنا ، لكنه لا يعتد بقول الأقلية ويعتبر قول الجمهور أو الأكثرية هو الحجة التي يجب اتباعها .

(٣) الاستذكار جـ ١ ص ٢٦٧ ، جـ ١٢ ص ٤٠ ، ص ٢٤٢ .

(٤) ولا أعرف كيف يعتبره شذوذاً وإجماعهم لا ينعقد إلا به أو بعبارة الصيرفي ، ولا يقال لهذا شاذ لأن الشاذ من كان في الجملة ثم شذ عنهم كيف يكون محجوجاً بهم ، ولا يقع اسم الإجماع إلا به إلا أن يجمعوا على شيء من جهة الحكاية فيلزمهم قبول قولهم أما من جهة الاجتهاد فلا لأن الحق قد يكون معه - ، راجع إرشاد الفحول للشوكاني ص ٨٨ ، ٨٩ ، لكن ذلك يرجع في رأي الباحث . إلى أن ابن عبد البر يحتج برأي الجمهور ويعتبره حجة .

(٥) الاستذكار جـ ٩ ص ٣٥٠ ، جـ ٢ ص ٨٤ ، وداود هو ابن علي الأصبهاني رأس المذهب أول من استعمل قول الظاهر وأخذ بالكتاب والسنة وألقى ما سوى ذلك من الرأي والقياس ت ٢٧٠ وهو هنا يحكي قول الظاهرية ويعتد بهم لذا أدخلناهم في الدراسة ، راجع الفهرست لابن النديم ص ٢١٦ .

بوجوبها من جهة اتباع المؤمنين ؛ لأنهم الأكثر والجمهور الذين هم حجة علي من شذ عنهم ، وقول من قال : " أنها سنة قول ضعيف " (١) و لا أعرف كيف اعتبر قول الجمهور حجة لازمة مع كل هذه المخالفات بل جعل اتباعهم من اتباع سبيل المؤمنين وهي الآية التي احتج بها الشافعي وغيره على حجية الإجماع (٢) ؟ !! بل هو نفسه قد احتج بها؟! ليس هذا فحسب ، بل يقول أيضاً عن حديث : " ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة : " وقول الجمهور الذين هم حجة على من خالفهم لشذوذ عنهم ليس فيما دون عشرين ديناراً زكاة " (٣) .

فهو هنا استخدم مصطلح الجمهور بمعنى الإجماع ، أو بعبارة أخرى نقول أنه توسع في مصطلح الإجماع واعتبر قول الجمهور حجة قاطعة تلزم الاتباع ، بل مما يزيد الأمر تعقيداً أنه لا يعتبر مخالفة الجمهور خلافاً ؟ فيقول عن حديث : " لا ينظر الله ﷻ إلى من لا يقيم صلبه في ركوعه ، ولا سجوده " ، ولا خلاف بين العلماء في ذلك ، وإنما اختلفوا في الطمأنينة بعد الاعتدال ، وإنما قلنا هذا لأننا لم نجد ما روى عن أبي حنيفة ، وبعض أصحابنا في ترك الاعتدال خلافاً ، لأن المخالف للجمهور ، والأثار محجوج بهم ، وبالأثار (٤) .

وهذا الكلام عجيب جداً إذا لم تعتبر مخالفة أبي حنيفة فمن الذي يعتبر خلافه خلافاً ؟ !! .

لا يمكن قبول هذا وفهمه إلا إذا فهمنا أن ابن عبد البر كان يحتج بإجماع الأكثرية ، ويقول بانعقاد الإجماع مع مخالفة الواحد والاثنين .

بل قد ذكر أيضاً أن بعض المالكية خالفوا ، فكيف لم يعتبر خلافهم خلافاً ، أو ربما نعتذر عنه بأنه لم يصح عنده نسبة المخالفة إلى

(١) داود بن علي سبقت ترجمته .

(٢) راجع التفسير الكبير لفخر الدين الرازي ج ١١ ص ٤٢ ، البحر المحيط لأبي حيان الأندلسي ج ٣ ص ٣٥٠ ، ارشاد الفحول للشوكالي ص ٧٣، ٧٤ ، مدى حجية الأدلة الاجتهادية رسالة دكتوراه غير مطبوعة بمكتبة كلية دار العلوم ، د/ صلاح سلطان ص ٤٣ وما بعدها .

(٣) الاستدكار ج ٩ ص ٤٢ ، ١٦١ ، ٢٤٦ ، ٣٥٠ ، ج ١١ ص ٨٥ ، ج ١٢ ص ١٧ ، ج ١٥ ص ٣١٩ .

(٤) الاستدكار ج ٦ ص ٢٢٧ ، ٢٩٤ .

الإمام أبي حنيفة وهؤلاء المالكية ولكن هذا الاعتذار لا يصح بتأمل آخر كلامه ، لأنه يعتبر اتفاق الجمهور - لا الكل - حجة تلزم ! .

بل أحياناً كثيرة يردد أن كل العلماء وخاصة الصحابة وإجماعهم أقوى ما يكون كما سبق ومع ذلك يقول لا يوجد أحد إلا وقد غاب عنه شيء من العلم .

فيقول مثلاً عن غياب نزول جبريل عليه السلام بمواقيت الصلاة على عمر بن عبدالعزيز وغيره ، وقد جاز على كثير منهم جهل كثير من السنن الواردة على السنة خاصة العلماء ... ثم قال : " ولا أعلم أحداً من الصحابة إلا وقد شذ عنه بين علم الخاصة واردة بنقل الأحاد وأشياء حفظها غيره ، وذلك على مَنْ بعدهم أجوز ، والإحاطة ممتعة على كل أحد " (١) .

ويقول أيضاً عن اختلاع زوجة ثابت بن قيس بن شماس منه : "وقد بينا السنة في قصة ثابت وعليه جماعة العلماء إلا مَنْ شذ عنهم ؟ مَنْ هو محجوج بهم ، وهم حجة عليه ؟ لأنهم لا يجوز عليهم الإطباق والاجتماع على تحريف الكتاب وجهل تأويله ، وينفرد بغير ذلك واحد غيرهم " فهو هنا يتحدث عن الإجماع قطعاً ، لأن الأحاديث التي تدل على عدم الاجتماع على الخطأ ، أو الضلالة استدلت بها الأصوليون على حجية الإجماع (٢) .

وقال كذلك عمن يطلق زوجته ثلاثاً قبل أن يدخل بها أنها واحدة عن ابن عباس ، وقالت بذلك فرقة شذت عن الجمهور الذين اجتماعهم حجة على من خالفهم منهم داود وأهل الظاهر ، وخالف ابن عباس الصحابة ، وهو قول جماعة التابعين ، وبه قال جماعة الأمصار (٣) ، فالمسألة خلافية وتحتمل ، بل الخلاف فيها في طبقة الصحابة ، وهو أقوى ما يكون من الخلاف ، كذلك هو يحتج بخلاف الظاهرية ويحكي

(١) الاستذكار جـ ١ ص ١٨ ، وقد ردد هذا الكلام كثيراً مما يدل على وعيه التام بما يقول ، راجع مثلاً جـ ٤ ص ٣٤٠ ، جـ ٥ ص ٦٣ ، جـ ٨ ص ١٣٣ ، جـ ١٩ ص ٢١٢ من الاستذكار لتأكد من صدق ما قلناه .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک جـ ١ ص ١١٦ ، والترمذي ، كتاب الفتن ، وراجع مدى حجية الأدلة الاجتهادية د/ صلاح سلطان ص ٧١ وما بعدها .

(٣) الاستذكار جـ ١٧ ص ٢٥٣ ، وراجع كل هذا مع قوله : " أنه لا حجة في الاختلاف " جـ ٦ ص ١٧٢ .

أقوالهم ومع هذا اعتبر خلافهم شذوذاً ، دون أن يبين وجه هذا الشذوذ أو أن يذكر حجتهم ويبين وجه الضعف فيها III

وأحياناً يذكر حجته فيما لا يعده خلافاً يقول عن رأي ابن عباس في الصرف : لم أر ذكر ما روى ابن عباس ، ومن تابعه في الصرف ، ولم أعده خلافاً لما روى عنه من رجوعه عن ذلك ، وفي خبر أبي سعيد المفسر ، وتركه القول بخبر أسامة بن زيد المجل (١) .

لكنه يرجع فيقول عمن صلى في ثوب نجس عامداً " فإن قيل : لم ادعيت الإجماع فيمن صلى بثوب نجس عامداً أنه يعيد في الوقت وغير الوقت ، وأشهب يقول : لا يعيد العامد ، وغير العامد إلا في الوقت ومنهم من يرويه عنه عن مالك ؟ ! قيل له : ليس أشهب ولا روايته الشاذة عن مالك مما يُعدّ خلافاً ؛ لأن الصحابة وسائر العلماء من شذ عنهم مأمور باتباعهم وهو محجوج بهم (٢) .

وقال عن اشتراط الحول في زكاة الذهب والورق " وأما الذهب والورق فلا تجب الزكاة في شيء منها إلا بعد تمام الحول أيضاً وعلى هذا جمهور العلماء والخلاف فيه شذوذ لا أعلمه إلا شيئاً روي عن ابن عباس ، ومعاوية قال : " من ملك النصاب من الذهب والورق ، وجبت عليه الزكاة في الوقت وهذا قول لم يعرج عليه أحد من العلماء ، ولا قال به أحد من أئمة الفتوى إلا رواية عن الأوزاعي (٣) II

ولكن يعكر على هذا كله أنه أحياناً يصرح بأن مخالفة الواحد خارقة للإجماع ، وما دامت المخالفة قد وجدت فلا حجة ، ولا إجماع .

فيقول معلقاً على الرأي القائل بأن الوتر واجب : " وأنه رأي مخالف للجمهور ، وأنه سنة " الفرائض لا تثبت إلا بيقين لا خلاف فيه ،

(١) التمهيد ج ٢ ص ٢٤٥ .

(٢) التمهيد ج ٢ ص ٢٣٤ ، وانظر ج ٢٢ ص ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ج ٢٣ ص ٤١١ .

(٣) التمهيد ج ٢ ص ١٥٥ ، وراجع التمهيد ج ١ ص ٢٤٥ حيث عبر بالإجماع مع مخالفة ربيعة ، ج ١٣ ص ١٩٠ ، ج ١٥ ص ٥٨ ، ٥٩ ن ج ١٤ ص ٣٥٥ ، وراجع الاستذكار ج ١٦ ص ١٠٠ حيث جعل " لم يختلف الفقهاء " ، الفقهاء كلهم والإجماع الفاظ مترادفة رغم وجود مخالفة عن عمر بن عبد العزيز .

فكيف والقول بأن الوتر سنة ليس بواجب يكاد أن يكون إجماعاً لشذوذ
الخلافاً فيه (١) .

ثم يؤكد في التمهيد على عدم انعقاد الإجماع بمخالفة أبي يوسف فقال تعليقاً على قول الشافعي حينما منع بيع كل ثمرة لها أكمام أو قشر سواء كانت على الشجر ، أو على الأرض واحتج بالإجماع على لحم الشاة المذبوحة غير المسلوخة ، أنه لا يجوز بيعه حتى تسلخ ويخرج من الجلد قال أبو عمر : " لم يجمعوا على كراهية بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ ؛ لأن أبا يوسف يجيز بيعها كذلك ، ويرى السلخ على البائع ، وأجاز بيع الطعام في سنبله ، وجعل على البائع تخلصه من تبنيه ، وتميزه ، والذي حكى الشافعي عليه الجمهور " (٢) .

فهو هنا رد ادعاء الشافعي الإجماع لوجود مخالفة أبي يوسف ، لكن ربماً يكون قد فعل ذلك لوجود مخالف آخر عنده لم يذكره .

وقال في تفسير مجاهد للآية : ﴿ وَجَاهِدْهُمْ يَوْمَ ذِي نَاصِرَةٍ إِلَى رَبِّهَا نَاصِرَةٌ ﴾ (٣) " أنها تنظر الثواب هذا قول مجاهد ، وغيره يقول : ينظرون إلى الله ﷻ وعلى هذا جماعة أهل السنة ، وأئمة الحديث ... ثم قال : أنا لم ندع الإجماع في هذه المسألة ، ولو كان إجماعاً ما احتجنا إلى قول فيها ، ولمجاهد قولان مهجوران عند أهل السنة هذا أحدهما ، والآخر تفسير المقام المحمود بأن الله يجلسه معه على العرش ، وهذا قول مخالف للجماعة من الصحابة ، ومن بعدهم ، والذي عليه العلماء أن المقام المحمود - الشفاعة - " (٤) .

لكنه يزيد الأمر وضوحاً فيفرق بين الإجماع بالمفهوم الأصولي الذي يكفر جاحده ، وبين إجماع الجمهور الذي هو حجة واجبة الاتباع

(١) الاستذكار ج ٥ ص ٢٦٧ ، ص ٢٧٤ ، ص ٢٨٩ ، وراجع ج ٦ ص ٧٨ ، ص ٢٦١ ، ج ١١ ص ٢٤٢ ، ج ١٦ ص ١٦٣ .

(٢) التمهيد ج ١٣ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ ، وراجع قوله عن أمان المرأة أنه لا يجوز إلا أن يميزه الإمام وهو قول ابن الماجشون فشد بقوله ذلك عن الجمهور ، التمهيد ج ٢١ ص ١٩٠ ، ولا يمكن قبول ذلك طبعاً إلا إذا اعتقدنا أنه يعتبر قول الجمهور أو الاكثرية حجة لازمة واجبة الاتباع كما سبق التأكيد عليه أكثر من مرة

(٣) سورة القيامة : الآية ٢٢ ، ٢٣ .

(٤) التمهيد ج ٧ ص ١٥٤ ، ١٥٧ .

"ذكر ابن خويز منداد ^(١) أن إجماع الصحابة انعقد على إيجاب الغسل من التقاء الختانين " وليس ذلك عندنا كذلك ، ولكننا نقول : " إن الاختلاف في هذا ضعيف ، وأن الجمهور الذين هم حجة على من خالفهم من السلف والخلف انعقد إجماعهم على إيجاب الغسل من التقاء الختانين ومجاوزة الختان الختان ، وهو الحق - إن شاء الله - .

وكيف يجوز القول بإجماع الصحابة في شيء من هذه المسألة مع ما ذكرناه في هذا الباب عنهم ورواية عبد الرزاق عن زيد بن خالد قال : سمعت خمسة من المهاجرين الأولين منهم علي بن أبي طالب فكلهم يقول: " الماء من الماء " ^(٢) .

(١) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد لقيه مالكي ، متكلم أصولي ، له كتاب كبير في الخلاف ، وآخر في الأصول تولى ٣٩٠ هـ ، والنظر شجرة النور الزكية ج ١ ص ١٠٣ .

(٢) التمهيد ج ٢٣ ص ١١٣ ، ص ٣٧٩ .

﴿ تعليق على ما سبق ﴾

﴿ نخلص مما سبق إلى ما يلي :- ﴾

- (١) أن ابن عبد البر يفرق بين إجماع الجمهور الذي يعتبره هو حجة تلزم الاتباع ؛ وبين الإجماع بالمفهوم الأصولي
- (٢) أن الإجماع بالمفهوم الأصولي وهو اتفاق بين الجميع - فيما عدا - الفرائض ، أو المعلوم من الدين بالضرورة صعب التحقيق عسير جداً ، لأنه لا يوجد أحد إلا وقد غاب عنه بعض علم الخاصة .
- (٣) أنه أحياناً يتوسع ، ويستعمل إجماع الجمهور مكان الإجماع الأصولي .
- (٤) أن مخالفة الواحد عنده خارقة للإجماع بالمفهوم الأصولي ، وإن بقي رأي الجمهور حجة واجبة الاتباع ^(١) أو بعبارة أخرى أنه يرى انعقاد الإجماع مع مخالفة الواحد ، أو الاثنين .
- (٥) أن استدلاله على الإجماع الأصولي هو نفس الاستدلال على قول الجمهور بالآية : ﴿وَمَنْ يَشَاقِقِ الرَّسُولَ/وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ ^(٢) ، وحديث : " لا تجتمع أمتي على ضلالة " ^(٣) .
- (٦) أن الشذوذ عنده هو إما مخالفة الآثار ، أو مخالفة الجمهور ^(٤) لأنه يعتبر إجماع الجمهور حجة .
- (٧) أنه يستخدم مصطلحات " لا خلاف علمته ، ولا يختلفون ، إجماع العلماء كلهم ، مجمعون/مترادفة " ^(٥) .
- (٨) أن الاعتراض على إجماعات الحافظ ابن عبد البر لم يكن لضعف هذه الإجماعات ، أو لتساهله في تطبيق القواعد الأصولية ، ولا لقلّة علمه ، وعدم معرفته بمذاهب العلماء ومواطن الإجماع والخلاف ؛ لكن ذلك

(١) الاستذكار ج ١٠ ص ١٩٦ .

(٢) سورة النساء : الآية ١١٥ .

(٣) الاستذكار ج ٦ ص ١٧٢ مدى حجية الأدلة الاجتهادية ص ٤٣ وما بعدها .

(٤) الاستذكار ج ٩ ص ٣٥٠ ، التمهيد ص ١٧ ، ٣٤٥ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢٦ .

(٥) الاستذكار ج ١ ص ٤١٥ ، ٤٧٦ ، ٤٣٩ وانظر المحلى ج ٩ ص ٤ .

راجع إلى سعة القواعد الأصولية التي رجحها ، ومنها الاحتجاج بقول الأكثر كما مرّ (١) .

٩) أن الإجماع وظيفته الأساسية هي نقل الدليل من الظنية إلى القطعية ، والله أعلم .

(١) راجع في الدفاع عن ابن عبد البر وعن الاحتجاج بإجماعه والانتصار لها المعيار المعرب للولشريس جـ ١٢ ص ٣١ ، ٣٢ ط دار الغرب الإسلامي .

﴿ المبحث السابع ﴾

(أ) مصطلحات الإجماع عند الحافظ ابن عبد البر :

استعمل ابن عبد البر في حكاية الإجماع أكثر العبارات الموجودة والتي جرت على لسان من سبقه ، ولكن غلب عليه استخدام عبارات معينة كان بعضها محل انتقاد من العلماء ، ومرد هذا الانتقاد أن ابن عبد البر له بعض الآراء الأصولية المرجوحة في باب الإجماع مما جعلت قاعدته في باب الإجماع واسعة : من ذلك احتجاجه بقوله الجمهور ، ومن ذلك تجويزه لانتقاد الإجماع في العصر الثاني على أحد القولين في العصر الأول ، وهذا أدى إلى حكايته لإجماع الأكثر واحتجاجه به ، وعبر عنه بعبارات عدة كان بعضها محل انتقاد مثل : "أجمع علماء الإصدار الذين هم الجميع ، جماعة العلماء ، أجمع الجمهور ، أجمع الجمهور من شذ ... ونحوها" كما أن هناك عبارات أكثر ابن عبد البر من إيرادها مثل نفى الخلاف ، الاتفاق ، ومثل قوله السنة المجتمع عليها ونحوها .

وقد قمت بإحصاء للإجماعات والألفاظا فتبين من البحث أن الألفاظ التي يستخدمها للتعبير عن الإجماع زادت عن ستين مصطلحاً ١١٢ وبلغ عدد المسائل التي ذكر فيها أنها محل إجماع أو عبر فيها بأحد مصطلحاته ألفين وستمائة وثمانية وثلاثين ٢٦٣٨ بالمكرر انفرد الاستذكار بـ ١٥٠٧ بألف وخمسمائة وسبعة ، والتمهيد بـ ١٠١٤ بألف وأربع عشرة مسألة ، والكافي بـ ٦٥ بخمس وستين - وجامع بيان العلم بـ ٣٢ باثنين وثلاثين ، والاستيعاب بـ ١١ بإحدى عشر مسألة ، والدرر بـ ٩ بتسع مسائل ، وكان أكثر الألفاظ شيوعاً على لسانه " أجمعوا " حيث بلغ ٥٠٠ خمسمائة مرة يليها " أجمع العلماء " ٣٦٩ مرة ، ثم " لا خلاف بين العلماء " ، ٢٠٧ مرة ، " عند الجميع " ١١٥ ، " السنة المجمع عليها " ١١٨ مرة وهناك ألفاظ لم يستخدمها سوى مرتين أو ثلاثة مثل " اتفق الجميع - جماعتهم - لإجماع - الجميع - جميع العلماء - أهل السنة أجمعون - لم يختلف فيه - في اتفاق الفقهاء " وهذه

المصطلحات ليست في درجة واحدة عنده وعند جمهور العلماء بل تختلف في القوة وفي مدى اعتبارها معبرة عن الإجماع ، لكنه كثيراً ما يستخدمها مترادفة^(١) .

ويمكن تقسيم هذه الألفاظ إلى أقسام عدة مرتبة حسب القوة في الدلالة على الإجماع .

القسم الأول : " العبارات الصريحة في حكاية الإجماع "

وهي مادة الفعل الرباعي وما تصرف منه مثل : " أجمع العلماء - أجمعوا - إجماع - الإجماع - إجماعهم - مجمع عليه - مجمعون عليه " وكل هذه العبارات تدل على الإجماع صراحة ما لم توجد قرينة تدل على أنه يراد بها قول الجمهور ، أو يراد بها إجماع محصور بمذهب ، أو بلد معين ، ومن هذه القرائن أن يعبر عن الإجماع في موضع آخر بعبارة تدل على قول الجمهور أو يذكر خلافاً في المسألة مع حكاية الإجماع مما يدل أنه لا يعتبر بخلاف الأقل ، ونحوها من القرائن ، ثم ألفاظ هذا القسم مراتب بحسب القوة :

(١) وأقواها : " أجمع المسلمون كلهم ، أجمعت الأمة من أولها إلى آخرها ، أو قاطبة ، أو كافة عن كافة ، أو طراً ، أو أجمع أهل القبلة كلهم " ونحوها مما أكد بصيغ التأكد المعروفة ، وإنما كانت أقوى العبارات لأنها تدل على إجماع الأمة كلها بما فيهم الصحابة والتابعون ومن بعدهم إلى عصر ناقل الإجماع وقد أشار ابن تيمية رحمه الله إلى الفرق بين إجماع السلف ، وإجماع الأمة فقال في سياق مناقشته للخصم : " فهذا القول خالف نص الكتاب والسنة ، وإجماع السلف ، بل وإجماع الأمة ^(٢) فهذا يدل على أن إجماع الأمة يتضمن إجماع

(١) الاستذكار جـ ١ ص ٣٠١ ، جـ ١٥ ص ٣٢٧ ، جـ ٢٦ ص ٣٥٣ ، المنهيد جـ ١٧ ص ٢٢ .

(٢) مجموع الفتاوى جـ ٢٢ ص ٢٠٩ .

الصحابة ، وبناء عليه فيكون من أقوى العبارات ؛ لأن إجماع الصحابة من أقوى أنواع الإجماع (١) .

(٢) ثم تليها عبارة " أجمع المسلمون أو الأمة " إذا لم تؤكد .

(٣) ثم " أجمع الصحابة " وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد كقولهم " أجمع الصحابة كلهم ، أو قاطبة "

(٤) ثم " أجمع العلماء ، أو أهل العلم " ، وإنما كان " إجماع الصحابة " أقوى من هذه العبارة ؛ لأن إجماع الصحابة محصور ويمكن العلم به ، أو إمكان العلم به أقرب من العلم بإجماع من به أقرب من العلم بإجماع من بعدهم ، وقد يصل العلم به في أحيان كثيرة إلى القطع أو الظن الغالب بخلاف إجماع من بعدهم .

ثم إن عبارة " أجمع العلماء " لا يلزم منها أن تتضمن إجماع الصحابة لاحتمال أن تكون المسألة المجمع عليها من النوازل التي لم تكن في عهد الصحابة ، أو أن حاكي الإجماع قصد به علماء عصره لمعاصرته لهم ، وإطلاعه على أقوالهم .

(٥) ثم يلي ذلك عبارات متقاربة مثل : " مجمع عليه ، مجمعون عليه ، بإجماع ، الإجماع ، أجمعوا ، ونحوها " .

(٦) ثم " أجمعوا - فيما أعلم - أو بإجماع - فيما أعلم " وإنما كانت أقل مما قبلها ؛ لأن العبارة توحى بأن العالم لم يجزم بالإجماع كما في العبارات قبلها .

(١) جامع بيان العلم ج ٢ ص ٢٦ .

" القسم الثاني : التعبير بالاتفاق وما تصرف منه "

مثل : " اتفق العلماء - اتفقوا - باتفاق - بالاتفاق - متفق عليه - باتفاقهم ... ونحوها " .

وهذه العبارة في الجملة أضعف من القسم الأول لأنها ترد عليها احتمالات كثيرة تخرجها عن الدلالة على الإجماع ، كأن يكون مراد حاكي الاتفاق الأئمة الأربعة ، أو اتفاق أهل مذهبه ، أو أهل بلده ، أو غير ذلك .

أما الفرق بين الاتفاق والإجماع فهو محل بحث فمن الناحية التطبيقية هناك بعض العلماء يعبر بالاتفاق ، والإجماع عن مسألة واحدة: مرة بالاتفاق ومرة بالإجماع ، وقد يفسر هذا بأن العبارتين عنده مترادفتان ، وقد وجدت مثل هذا عند ابن عبد البر ^(١) - رحمه الله - والقرافي ^(٢) وشيخ الإسلام ابن تيمية ^(٣) وابن حزم ^(٤) وابن رشد ^(٥) والنووي ^(٦) وابن العربي ^(٧) .

وهناك كثير من العلماء يفرقون بين الاتفاق ، والإجماع بفروق ستأتي - إن شاء الله بعد قليل - ومن هؤلاء العيني حيث قال - رحمه الله - بعد أن حكى الاتفاق عن بعض العلماء ، ثم ذكر أن بعض العلماء انتقد حكايتهم للإجماع قال : قلت : فيه نظر ؛ لأنهم قالوا بالاتفاق دون الإجماع ، فهذا القائل ^(٨) لم يعرف الفرق بين الاتفاق والإجماع ^(٩) .

(١) انظر مثلاً : الاستذكار جـ ٢١ ص ٢٧٢ ، ٢٧٤ وقارن بين الموضع .

(٢) انظر : الذخيرة جـ ١٢٠ ، ١٨٨ وقارن بين كلامه في الموضوعين في التطوع على الراحلة .

(٣) انظر : مجموع الفتاوى جـ ٢١ ص ٩٨ ، شرح العمدة جـ ١ ص ١٢٢ ، الفتاوى الكبرى جـ ١ ص ٤٧ في مسألة صرف الحيوان وانظر وقارن مجموع الفتاوى جـ ٢١ ص ٢٠٧ ، جـ ٢٦ ص ١١٢ ، الفتاوى الكبرى جـ ١ ص ٣٢٧ في مسألة استئصال المحرم بغير المتصل به .

(٤) انظر : المحلى جـ ١ ص ٣٨٠ رقم ٢٥٤ ، مراتب الإجماع ص ٢٣ ، ١٧٨ .

(٥) انظر : مسألة اشراط الطهارة للصلاة جـ ١ ص ١١٠ ، ١١١ .

(٦) انظر : المجموع جـ ٢ ص ٢٢١ ، وشرح مسلم جـ ٢ ص ٢ في مسألة " ترضى المرأة بفضل ظهور الرجل " .

(٧) انظر كلامه في مسألة تغير الماء بالنجاسة .

(٨) الظاهر أنه يعني ابن حجر - كما هي عادته .

(٩) عمدة القارى جـ ٣ ص ٨٥ .

وقال العدوي^(١) في حاشيته : " قوله وبغيرها اتفاقاً الأولى : وبغيرها إجماعاً ؛ لأن الاتفاق اتفاق المذهب والإجماع إجماع الأمة "^(٢).

ويحتمل أنه مذهب لابن حزم قال : " وليعلم القارئ لكلامنا أن بين قولنا لم يجمعوا ، وبين قولنا لم يتفقوا فرقاً عظيماً " ^(٣) .

ومراد كثير من المصنفين في مذاهبهم بالاتفاق اتفاق المذهب خاصة إذا كان الكتاب كتاباً مذهبياً خالصاً يعنى بالمذهب ، ولا يذكر خلاف غير المذهب ، وكتب ابن عبد البر خاصة بمذاهب فقهاء الأمصار .

قال في مقدمة شرح الزركشي في سياق ذكر مراد الحنابلة بالاتفاق قال : " الاتفاق وهو موافقة العلماء بعضهم لبعض ، وهو في الاصطلاح اتفاق الأئمة الأربعة على مسألة معينة ولو مع خلاف غيرهم ، أو مع رواية شاذة عن بعضهم " ^(٤) .

وقال الخطاب في شرح قاعدة المؤلف : والمراد بالاتفاق اتفاق أهل المذهب ، وبالإجماع إجماع العلماء " ^(٥) .

وقال الخرشي :

ومن الفوائد أن قاعدة المؤلف ، وغيرهم أن يريد بالروايات أقوال مالك ... والمراد بالاتفاق اتفاق أهل المذهب ، وبالإجماع إجماع العلماء ، وإذا قالوا الجمهور عنوا به الأئمة الأربعة ^(٦) .

ولكن ليس الأمر على إطلاقه بدليل أن بعض المالكية انتقد ابن رشد على اتفاقاته وحذر منها ^(٧) .

(١) هو : الإمام علي بن أحمد الصمدي العدوي ، المالكي ، أول من خدم مذهب مالك بالخواشي فيما يقال ت : ١١٨٩ هـ ، الفكر السامي جـ ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) حاشية العدوي على الخرشي جـ ١ ص ١٥٨ .

(٣) مراتب الإجماع ص ١٧٨ وهي آخر جملة في الكتاب .

(٤) النظر : مقدمة شرح الزركشي جـ ١ ص ٦٨ .

(٥) مواهب الجليل جـ ١ ص ٤٠ .

(٦) حاشية الخرشي جـ ١ ص ٤٨ .

(٧) النظر : المعيار جـ ١٢ ص ٣١ ، أصول فقه ابن عبد البر جـ ١ ص ٣٩١ .

" القسم الثالث : التعبير بنفي الخلاف "

وهذه العبارة تأتي في المرتبة الثالثة بعد عبارة الإجماع والاتفاق مع العلم بأن أكثر مَنْ يحكي الإجماع إنما يعني به ما لم يعلم فيه خلافاً .
ومن الناحية التطبيقية فقد اختلف أهل العلم في دلالتها على الإجماع على أقوال :

❖ القول الأول :

قول من يرى أنها تدل على الإجماع ، وأنها مرادفه لعبارة الإجماع ، وممن رأي هذا من الناحية العملية الإمام ابن عبد البر - رحمه الله - حيث لم يفرق بين الإجماع ونفي الخلاف .

وينسب للإمام الشافعي أيضاً حيث قال ابن نجيم : قال الإمام الشافعي - رحمه الله - في الأم : " لا نعلم خلافاً في إيجاب دخول المرفقين في الوضوء ، وهذا منه حكاية للإجماع " (١) .

وذكر بعضهم أن مصطلح الشافعي في نفي الخلاف أن ينص البعض من العلماء ، ويسكت البعض (٢) .

وكذا رأي ابن قدامة (٣) ، والنووي (٤) ، أن الإجماع ونفي الخلاف بمعنى واحد ، حيث حكوا عبارة نفي خلاف عن الترمذي (٥) بلفظ الإجماع .

وقد حكى النووي أيضاً عبارة نفي خلاف عن الشافعي بلفظ الإجماع (٦) .

(١) البحر الرائق جـ ١ ص ١٣ وتأمل عبارته في الأم في مسألة أخرى جـ ٤ ص ١٨٢ .

(٢) انظر : منحة الخالق على البحر الرائق جـ ١ ص ١٢ .

(٣) انظر : المغني جـ ١ ص ٤٢٨ .

(٤) انظر : المجموع جـ ٢ ص ٣٨٤ .

(٥) سنن الترمذي جـ ٣ ص ٧٥ .

(٦) انظر : المجموع جـ ٥ ص ٤٤٤ ، الأم للشافعي جـ ٢ ص ٣٧ .

وكذا حكى المرداوي عبارة نفى الخلاف عن الترمذي بلفظ الإجماع^(١) .

وكذا عبر ابن حجر عن عبارة لابن عبد البر فيها نفى خلاف بلفظ الإجماع^(٢) .

✽ القول الثاني :

أنه لا يعد إجماعاً ، وبه قال بعض الأصوليين كالصيرفي^(٣) ونسب لابن حزم ، ونسب للشافعي أيضاً في قول ثانٍ له كما نسب للإمام أحمد^(٤) .

✽ القول الثالث :

أن العالم إذا كان محيطاً بالإجماع والخلاف فيكون نفى الخلاف منه إجماعاً صحيحاً ، وإن لم يكن محيطاً بالإجماع والخلاف فلا يكون إجماعاً ، وبه قال بعض الأصوليين^(٥) .

✽ الفرق بين الإجماع ونفي الخلاف :

يتلخص مما سبق أن الفروق المحتملة بين العبارتين هي كما يلي:

- (١) أن الإجماع ما يجزم فيه العالم بالإجماع ، ونفي الخلاف ما أصاب العالم فيه ترددٌ جعله لا يجرؤ على نقل الإجماع الصريح .
- (٢) عبارة نفى الخلاف قد يراد بها نفى خلاف محصور ببلد معين ، أو مذهب معين بحسب اصطلاح قائلها ، بخلاف عبارة الإجماع إذا أطلقت ، فالغالب أن المراد بها إجماع العلماء كلهم .

(١) النظر : الإنصاف جـ ٣ ص ٢٧٥ ، سنن الترمذي جـ ٣ ص ٧٥ .

(٢) النظر : فتح الباري جـ ٢ ص ٤١٥ ، والنظر : موسوعة الإجماع جـ ١ ص ٣١ .

(٣) هو الإمام محمد بن عبد الله البغدادي الصيرفي ، شرح الرسالة ، وكان من أعلم الناس بالأصول ت ٣٣٠ هـ ، النظر وفيات الأعيان جـ ٤ ص ١٩٩ .

(٤) النظر : البحر المحيط جـ ٤ ص ٥١٧ ، الأحكام لابن حزم جـ ١ ص ٥٢٩ ، مراتب الإجماع ص ٩ .

(٥) البحر المحيط جـ ٤ ص ٥١٧ .

❁ مراتب عبارة نفي الخلاف :

(١) وأعلامها : " لا أعلم خلافاً بين المسلمين ، أو بين الأمة ، أو بين أهل الصلاة ، أو أهل القبلة " وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد .

(٢) " لا خلاف بين السلف ، أو بين الصحابة " وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد .

(٣) " لا أعلم خلافاً بين العلماء ، أو لانزاع بين العلماء " ، ونحوها .

(٤) " لا خلاف بين العلماء - فيما علمت " وهذه دون التي قبلها لما فيها من التردد ، وعدم الجزم " .

(٥) " بلا خلاف ، بغير خلاف " ونحوها ، وهذه أضعف العبارات ؛ لأنها قد يراد بها نفي الخلاف في المذهب ، وهذه عادة ما يستخدمها المصنفون في كتب المذاهب الفقهية ، ويريدون بها نفي الخلاف في مذهبهم " (١) .

(١) انظر : مقدمة شرح الزركشي جـ ١ ص ٦٨ ، وما ذكرته منها في ذكر من وافق ابن عبد البر على حكاية الإجماع فلاجل الاستئناس بها لاحتمال أن يريد بها قائلها ، وعلى فرض أنه يريد بها نفي الخلاف في مذهب فلها فائدة العلم بنفي الخلاف في المذهب الذي يتسبب له قائلها .

" القسم الرابع : العبارات التي تدل على قول البعض أو الأكثر "

ومنه عبارات غير دقيقة في الدلالة على الإجماع ، أو هي ألفاظ عامة في الدلالة عليه، وهي أضعف العبارات .

وإنما يحتج بها من يرى حجية قول الجمهور ، أو حجية بعض أنواع الإجماع المحصورة بأهل بلد معين كإجماع أهل المدينة أو أهل الحرمين .

* ومن هذه العبارات :

(١) " أجمع الجمهور ، أو اتفق الجمهور ، أو لا خلاف بين الجمهور "... وغيرها .

(٢) " أجمعوا إلا من شذ " .

(٣) " أجمعوا معنا ، أو لسنا نختلف " وهذه العبارة تدل على إجماع من أصحاب القولين المختلفين ، يقولها العالم لخصومه بين مواضع الاتفاق بين المذهبين ، ولا يلزم منها أن تكون إجماعاً من كل العلماء^(١) .

(٤) " الفقهاء اليوم مجمعون " ، وهذه العبارة تفيد وجود خلاف قديم للسلف في المسألة ، وبناء عليه فيكون إجماعاً من الأكثر إذ الأقوال لا تموت بموت قائلها ، إلا على قول من يجيز انعقاد الإجماع في العصر الثاني على أحد القولين في العصر الأول فيكون إجماعاً صحيحاً وهو رأي لابن عبد البر .

(٥) " جلُّ أهل الفتوى " ^(٢) .

(٦) " عامة العلماء إلا من شذ " ^(٣) .

(٧) " سائر العلماء " وهي تدل على أن العلماء على خلاف القول المذكور مما يدل على وجود خلاف في المسألة .

(٨) " عند عامة العلماء " .

(١) انظر مثلاً في : التمهيد ج٢ ص ٨٧ ، ولعل هذا ما يريد ابن عبد البر .

(٢) ومن أمثله في التمهيد ج١ ص ٣٢٤ .

(٣) التمهيد ج١ ص ١٠٨ .

(٩) الألفاظ الدالة على العموم ، مثل : " العلماء على ذلك ، أو الفقهاء على ذلك ، عامة العلماء ، عوام أهل العلم ، الناس على هذا ، فقهاء الأمصار ، أهل الفقه "

وهذه العبارات كلها ، وما في معناها عبارات عامة قد يراد بها الإجماع وقد يراد بها قول الأكثر ، أو علماء عصر معين ، ولذا لما ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أمر بزكاة الفطر صاعاً من تمر ، أو صاعاً من شعير فجعل الناس عدله مدين من حنطة " ، فسرّه العلماء كالزرقاني وغيره : بأن مراده بالناس : معاوية ومن تبعه لا جميع الصحابة (١) .

وعلى كل فاللفظ العام دلالة على لعموم أفراده ظنية وليست قطعية كاللفظ الخاص ، ولذا يدخله التخصيص بأنواع كثيرة من المخصصات (٢) .

(١٠) مادة الفعل الثلاثي ، وما تصرف منها سواء كان مزيدة أو غير مزيدة مثل :

(أ) جماعة العلماء ، جماعة الصحابة ، جماعة العلماء ، أو الفقهاء ، أو المسلمين ، أو جماعتهم .

(ب) عند الجميع ، أو جميعهم ، أو لإجماع الجميع ، ونحوها .

(ج) اجتمعت عليه الفقهاء ، أو العلماء ، اجتمعوا ، هذا مجتمع عليه السنة المجتمع عليها ، مجتمع عليه ، ونحوها .

وهذه العبارات كلها تدل على معنى الجمع والاجتماع والكثرة ، بخلاف مادة الفعل الرباعي " أجمع " التي تدل على العزم ، والتصميم ، والإحاطة بكل العلماء .

ولذا يعبر العلماء عن الإجماع بكلمة " الإجماع " وليس بكلمة " الاجتماع " (٣) كما أنهم حين ذكرهم لتعريف الإجماع لغة إنما يذكرون مادة الفعل الرباعي " أجمع " ويعرفونها ، ويذكرون الشواهد عليها ، ويعرضون عن مادة الفعل الثلاثي وشواهداها .

(١) شرح الزرقاني على الموطأ (٢/٢٠٠) .

(٢) انظر : شرح الكوكب المنير (٣/١١٤) ، البحر المحيط ج٤ ص ٥٤١ .

(٣) ولم أر أحداً من العلماء يعبر في تعريفه للإجماع بالاجتماع إلا السمرقندي في ميزان الأصول : (٤٩٠) كما أنني لم أر أحداً صنف كتاباً في الإجماع وسماه كتاب الاجتماع ، وقد سألت أستاذنا الدكتور/ محمد بلعاجي عن ذلك فأكد هذا الكلام .

قال ابن فارس : الجيم والميم والعين أصل واحد يدل على تضام الشيء (أ.هـ) ^(١) ، وفي هذا إشارة إلى أن مادة الكلمة " جمع " تدل على مطلق الاجتماع لا على الاجتماع المطلق بحيث يحصل الاجتماع باثنين فصاعداً ، بخلاف كلمة الإجماع والتي تدل على معنى العزم ، والتصميم ، والشمول ، والإحاطة .

وبناء على ما سبق فيمكن أن نقول : كل إجماع فهو اجتماع ، وليس كل اجتماع إجماعاً ، لأن الإجماع فيه شروط زائدة على معنى الاجتماع .

وبعض المتقدمين - قبل استقرار ألفاظ الإجماع - قد يعبر بها عن الإجماع ، في الوقت الذي يستخدمون فيه ألفاظاً عامة مثل : كلهم يقولون ، أو الناس على ذلك ونحو ذلك .

(١١) " أجمع علماء الأمصار " وهذه العبارة تحصر الإجماع بعلماء الأمصار دون علماء القرى ، أو تحصره بعلماء الأمصار المشهورين بالعلم دون غيرها ولذا نرى ابن عبد البر يقول في مثل هذا : " وقد اختلف أهل العلم في وجوبها فذهب فقهاء الأمصار " ... (أ.هـ) .

ثم قال : " وقال أهل الظاهر .. (أ.هـ) مما يدل أن مصطلح فقهاء الأمصار إما خاص بأصحاب المذاهب الأربعة ، أو بالأمصار المشهورة بالعلم ، أو خاص بالأمصار دون القرى ، أو علماء العصر وإن وجد خلاف قديم في المسألة ^(٢) وعبر مسألة بقوله " علماء الأمصار " ثم ذكر قولاً مخالفاً لبعض أصحاب ابن عباس ^(٣) .

(١) معجم مقاييس اللغة : (٤٧٩/١) ، وراجع الإجماع لأستاذنا الدكتور/ علي جمعة ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) التمهيد : (١٨٩/٢) .

(٣) التمهيد : (٢٤٣/٢) .

وقال في كتاب آخر : فقهاء الأمصار وجماعة أهل الحديث ...
إلخ (أ.هـ) ^(١) يعني ماء البحر ، مع أنه قد ذكر فيه خلافاً قديماً لبعض
الصحابة .

وقال أيضاً في ماء البحر : وهذا إجماع من علماء الأمصار
الذين تدور عليهم وعلى أتباعهم الفتوى ... (أ.هـ) يعني أن البحر
طهور ماؤه ، وكأنه في عبارته هذه يريد علماء العصر ، أو علماء
المذاهب الفقهية المشهورة ، لأنه قد ذكر خلافاً قديماً في المسألة .

(١) الاستذكار (١/٢٠٢) .

" القسم الخامس : عبارات لا تدل على الإجماع "

أو محتملة للإجماع وغيره

❖ ومن هذه العبارات :

(١) إذا قال : " هذا غير واجب بالإجماع ، أو لا يصح بالإجماع ونحوها ، وهي وإن كانت قليلة عند ابن عبد البر فهذه العبارة محتملة لأمرين :

❖ الأول : الإجماع على نفي الوجوب أو الصحة .

❖ الثاني : نفي الإجماع على الوجوب أو الصحة .

ومثاره من جهة العربية أن موضع " الإجماع " في موضع نصب ، إما على التمييز ، وإما على الحال ، فإن نويت التمييز فهو إجماع على نفي الوجوب ، أو الصحة وتقديره لا يصح إجماعاً ، وإن نويت الحال فهو نفي للإجماع على الوجوب أو الصحة ، وتقديره : هذا لا يصح مجعاً عليه ^(١) .

(٢) إذا قال : " لم يتعلق أحد من العلماء بقول فلان ، أو هذا قول شاذ ، أو لا أعلم أحداً قال بهذا " ونحوها من العبارات ، فهذه العبارات لا يلزم أن يكون الإجماع على خلافها إذا قد يختلف العلماء في المسألة على أقوال خمسة مثلاً ، سادسها يحكم عليه العلماء بالشذوذ لنكارتة - وللحكم - بالنكارة والشذوذ أسباب ^(٢) ، ولذا فلا يلزم من شذوذ القول ، أو عدم قول أحد العلماء به أن يكون الإجماع على خلافه .

ومرد هذه المسألة إلى قاعدة أصولية مختلف فيها ، وهي إذا اختلف أهل العصر على قولين هل يجوز إحداث قول ثالث ؟ فمن منع

(١) البحر المحيط ج٤ ص ٥٤٧ .

(٢) من هذه الاسباب : مخالفته للإجماع - بمفهومه عند ابن عبد البر - أو لنص صريح أو عدم استناده إلى دليل من أثر أو نظر ، أو غير ذلك وقد سبق في هذا البحث .

من ذلك اعتبر إحداث قول جديد مخالفاً للإجماع ومن جَوَز ذلك لم يحكم عليه بالشذوذ ^(١) والقول الشاذ وهو المسمى بـ " زلة العالم " لا يعتد به ، وسواء كان هناك إجماع على خلاف قوله ، أو لم يكن هناك إجماع .

✽ قال الشاطبي :

زلة العالم لا يصح اعتمادها من جهة ، ولا الأخذ بها تقليداً له ، وذلك لأنها موضوعة على المخالفة للشرع ، ولذا عدت " زلة " ، وإلا فلو كانت معتداً بها لم يجعل هذه الرتبة ، ولا نسب صاحبها إلى التقصير ، ولا يشنع عليه بها ، ولا ينتقص من أجلها ، أو يعتقد فيها الإقدام على المخالفة بحثاً فإن هذا خلاف ما تقتضي رتبته في الدين ^(٢) .

ثم ذكر أنه : لا يصح اعتمادها خلافاً في المسائل الشرعية ؛ لأنها لم تصدر في الحقيقة عن اجتهاد ، ولا هي من مسائل الاجتهاد ، وإن حصل من صاحبها اجتهاد فهو لم يصادف فيها محلاً ، فصارت في نسبتها إلى الشرع كأقوال غير المجتهد ، وإنما يعد في الخلاف الأقوال الصادرة عن أدلة معتبرة في الشريعة ، كانت مما يقوى ، أو يضعف ، وأما إذا صدرت عن مجرد خفاء الدليل ، أو عدم مصادفته فلذلك قيل أنه لا يصح أن يعتد بها في الخلاف ، كما لم يعتد السلف الصالح بالخلاف في مسألة ربا الفضل ، والمتعة ، وأشباهاها من المسائل التي خفيت فيها الأدلة على من خالف فيها ^(٣) .

وقد أشار إلى أن ضابط ما لا يعتد به في الخلاف هو ما كان من الأقوال خطأ مخالفاً لمقطوع به في الشرع ^(٤) .

ويقول العلامة عبدالله بن الصديق الغماري : " وليس كل خلاف جاء معتبراً إلا خلافاً له حظ من النظر " ^(٥) .

(١) شرح الكوكب : (٢٦٤/٢) ، البحر المحيط : (٥٤٠/٤) ، المسودة : (٣٢٦) ، شرح مختصر الروضة : (٨٨/٣) ، المستصفى : (١٩٨/١) .

(٢) الموافقات : (١٧٠/٤) .

(٣) الموافقات : (٢١٤/٤) .

(٤) السابق ج ١ ص ٢١٥ .

(٥) انظر ذوق الحلاوة ص ٦ ، طبعة دار الأنصار بالقاهرة ١٩٨١ م .

(٣) إذا قال : " السنة المجمع عليها " - وهي كثيرة جداً عند ابن عبد البر " ونحو ذلك فهذه العبارة محتملة لأمرين :

الأول : أن يكون المعنى أن الحديث صحيح أجمع العلماء على صحته وثبوته .

الثاني : أن يكون المراد أن العلماء أجمعوا على القول به .

(٤) إذا قال : " لم يجمعوا ، أو لم يتفقوا " فهذه العبارة تنفي الإجماع على المسألة ، ولا يلزم أن يكون الإجماع على خلاف هذه المسألة المنفى عنها الإجماع .

إن الاتفاق قد يفهم منه الإجماع ، ولذا انتقدوا اتفاقاته ؛ لأنها مخروقة بوجود خلاف ، إلا أن يريدوا التحذير من اتفاقاته على اتفاق أهل المذهب لوجود خلاف مذهبي .

أما عبارة " اتفق العلماء " فالظاهر أنه لا يرد عليه احتمال أن يكون المراد اتفاق المذهب ؛ لأن ظاهرها يدل على أنها غير محصورة بمذهب أو بلد معين ، وعليه فتكون مرادفة للإجماع .

"الفرق بين الاتفاق والإجماع"

✽ هناك عدة فروق محتملة :

(١) فمن الفروق أن يكون المراد بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة ، وقيل إنه مصطلح الوزير ابن هبيرة "صاحب الإفصاح" .

(٢) وقد يكون المراد بالاتفاق أحياناً اتفاق المذهب كما هو مصطلح بعض المضيفين في الكتب المذهبية التي عنيت بتحرير المذهب .

(٣) وقد يكون الاتفاق ظناً لا يجزم العالم بالإجماع ، فلذا يعبر بالاتفاق ، قال ابن حزم رحمه الله في مسألة من المسائل : " اتفقوا - فيما أظن - أن في المأمومة إذا كانت في الرأس ... إلخ ^(١) ، ولم أره يقول : "اجمعوا فيما أظن ، مما يدل على الإجماع أقوى عنده ؛ لأن العالم يجزم بالإجماع .

وعبارة الاتفاق مراتب بعضها أقوى من بعض " وهي على الترتيب كما يلي ..

(أ) " اتفق العلماء " وهذه العبارة أقوى ألفاظ مادة الاتفاق وما أكد منها بصيغ التأكيد أقوى مما لم يؤكد مثل " اتفق العلماء كلهم ، أو قاطبة ، أو جميعهم " ومثلها عبارة " اتفق أهل العلم ، أو المسلمون " .

(ب) " اتفقت الأمة ، أو اتفق المسلمون ، أو أهل القبلة " إذا لم يؤكد .

(ج) " اتفق الصحابة أو السلف " ، وما أكد منها أقوى مما لم يؤكد .

(١) مراتب الإجماع ص ١٤١ .

(ب) مصادر ابن عبد البر في إجماعاته :

استفاد ابن عبد البر في حكاية إجماعاته من مؤلفات العلماء المتقدمين عليه في ذلك ، وسواء كانت خاصة بالمسائل الإجماعية ككتب ابن المنذر ، أو كانت كتباً عامة تذكر الفقه المقارن .

وكانت استفادة ابن عبد البر من ابن المنذر بالدرجة الأولى ، حيث كان ينقل عنه أحياناً صراحة باسمه ، وأحياناً يتبنى الإجماع الذي حكاه ابن المنذر ، ويذكره بنص عبارته وإن لم يذكر اسمه ^(١) .

كما استفاد أيضاً من كتب أبي جعفر الطحاوي - رحمه الله - ونراه في مواطن كثيرة جداً ينقل عنه معارف كثيرة ، وقد حكى عنه الإجماع في مواطن كثيرة ^(٢) كما أنه استفاد من كتب العلامة المصنف الحافظ أبو جعفر بن جرير الطبري ، وحكى عنه الإجماع في مواطن عدة ^(٣) .

واستفاد من كتب جماعة غيرهم من أهل العلم ، وحكى عنهم الإجماع أيضاً في مواطن كثيرة من كتبه منهم : ابن خويز منداد ^(٤) ، ومحمد بن نصر المروزي ^(٥) ، وأبو بكر الأبهري ^(٦) ، وإسحاق بن

(١) النظر مثلاً : التمهيد جـ ١٠ ص ٢٩ ، جـ ٢٧٠ ، ٢٧٨ .

(٢) النظر مثلاً : التمهيد (١١٩/١) ، (٢٥٥/١٩) .

(٣) النظر مثلاً : التمهيد (١٦٠/١٢) ، (٣٢٢/١٤) .

(٤) النظر مثلاً : التمهيد (١١٣/٢٣) ، (١٨٩/١٨) ، (١٢٠/٢٠) أما ترجمته فهو عبد الله بن أحمد بن عبد الله ابن خويز منداد ، فقيه مالكي ، متكلم أصولي ، له كتاب كبير في الخلاف ، وآخر في الأصول ، توفي نحو ٣٩٠ هـ ، (منداد) بالميم المفتوحة لكن ابن عبد البر يجعلها بالباء الموحدة المكسورة وقد أشار إلى هذه الفائدة الزركشي في تشييف المسامع جـ ١ ص ٣٦٥ ، النظر ترجمته كاملة شجرة النور الزكية جـ ١ ص ١٠٣ .

(٥) النظر مثلاً : التمهيد (٢١٣/٣) .

(٦) النظر مثلاً : التمهيد (١٥٦/١٢) ، أما ترجمته فهو الامام محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح أبو بكر الأبهري ، وكان إمام المالكية في عصره ، له كتاب إجماع أهل المدينة وغيره ، توفي سنة ٣٧٥ هـ ، أنظر : تاريخ بغداد : (٤٦٢/٥) ، سير اعلام النبلاء (٣٣٢/١٦) .

راهويه^(١) ، والمزني^(٢) ، وسفيان الثوري^(٣) والأوزاعي^(٤) وابن
عليه^(٥) وغيرهم .

وكثير من الكتب التي نقل عنها ابن عبد البر مفقودة وخاصة كتب
المتقدمين منهم ، وهو ينقل عن كثير منهم أسطراً كثيراً مما يدل أنه
اطلع على هذه الكتب ، بل أحياناً يصرح باسم الكتاب الذي نقل عنه^(٦).

(١) النظر مثلاً : التمهيد (٢٢٥/٤) .

(٢) النظر مثلاً : التمهيد (٣٩/١٦) .

(٣) النظر مثلاً : التمهيد (٢٥٠/١٣) .

(٤) النظر مثلاً : التمهيد (٢٧٦/١٣) .

(٥) التمهيد : (١١٨/١٥) أما ترجمته فهو إبراهيم بن المحدث المشهور الحافظ إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم
الأسدي ، أبو اسحاق ، محدث ، قال ابن عبد البر : له شذوذ كثير ومذاهبه عند أهل السنة مهجورة ،
وكان جهمياً ، له مصنفات في الفقه ، توفي ٢١٨ هـ . ، انظر الاعلام : (٣٢/١) ، لسان الميزان : (٣٤/١) ، تاريخ بغداد : (٢٠/٦) .

(٦) النظر مثلاً : التمهيد : (٥٠/٢) ، (٢١٣/٦) وقد استغلنا في هذا البحث كله بالرسالة القيمة إجماعات ابن
عبد البر في العبادات جمعاً ودارسة المسجلة بكلية الشريعة بالرياض بالملكة العربية السعودية وهي رسالة
ماجستير للطالب/عبد الله بن المبارك البوصي ، إشراف أ.د/ صالح الأطرم وقد أمدنا بها بعض الأصدقاء .

(ج) موقفه من الإجماعات التي ينقلها :

❁ ولا بن عبد البر من الإجماعات التي ينقلها موقفان :

الموقف الأول :-

أن يذكر الإجماع عن نقله وينتقد حكاية الإجماع بوجود خلاف في المسألة كقوله : " وزعم ابن المنذر : أنه لا يعلم خلافاً فيمن رماها قبل طلوع الشمس ، وبعد الفجر أنه يجزيه ، قال : ولو علمت في ذلك خلافاً لأوجبت على فاعل ذلك الإعادة ، ولم يعرف قول أبي ثور الذي حكيناه ^(١) ، وقال أيضاً : ذكر ابن خويز مَنَدَاد أن إجماع الصحابة انعقد على إيجاب الغسل من التقاء الختانين ، وليس ذلك عندنا كذلك ، ولكننا نقول : إن الاختلاف في هذا ضعيف ، وأن الجمهور الذي هم الحجة على من خالفهم من السلف ، والخلف ، انعقد إجماعهم على إيجاب الغسل من التقاء الختانين ، وبمجاورة الختان ، وهو الحق إن شاء الله ، وكيف يجوز القول بإجماع الصحابة في شيء من هذه المسألة مع ما ذكرناه في هذا الباب ... إلخ ^(٢) ، ثم ذكر خلاف من خالف من الصحابة .

الموقف الثاني :

❁ أن يسكت عن الإجماع الذي نقله ، وهذا له صور :

(١) فأحياناً يحكي الإجماع عن بعض العلماء ، ويذكر اسمه صريحاً ، ويسكت على نقله لهذا الإجماع ، ولهذا أمثلة كثيرة جداً ^(٣) .

(٢) وأحياناً يذكر الإجماع نقلاً عن العلماء بدون أن يسميهم في سياق استدلالاتهم لأقوالهم كأن يقول : احتج الشافعية بالإجماع على كذا وكذا ، أو احتج الظاهرية ، أو احتج من يرى كذا وكذا ، أو من حجتهم على ذلك ، وفي الغالب أنه يسكت على هذا النوع من النقل ولا يتكلم على انتقاده ابتداءً ، إلا إذا انتقده الخصوم فإنه قد ينقل هذا الانتقاد لصحة الإجماع ^(٤) .

(١) التمهيد : (٢٧٠/٧) .

(٢) التمهيد : (١١٣/٢٣) .

(٣) التمهيد : (٢١٥/٤) ، (٣٩/١٦) ، (٢٥٠/١٣) ، (١١٨/١٥) .

(٤) التمهيد : (١٧٤/٧) ، (٢٣٠) ، (٢١٢/١٠) .

أما تفسير سكوته عن الكلام على الإجماع فله عدة تفسيرات :

- (١) أن يكون معتقداً لصحة الإجماع فيسكت عليه ، ولا يذكر عليه انتقاداً .
- (٢) أن يكون تحقيق صحة الإجماع شائكاً يحتاج إلى بحث ومراجعة فيسكت عليه لعدم تكامل المعلومات عنده .
- (٣) وقد يكون سكوته أحياناً لضعف وفقر يصيبه أحياناً أثناء الكتابة فإذا كان نشيطاً تكلم بما يعلمه فيه ، وإن فتر عن الكتابة سكت ، وهو أمر فطري طبيعي يمكن حدوثه ، وخاصة إذا علمنا أن ابن عبد البر صنف التمهيد في ثلاثين سنة (١) .

(١) النظر : ابن عبد البر وجهوده في التاريخ (٢٠٥) ليث سعود جاسم .

(د) مدى قوة إجماعات ابن عبد البر وتداول العلماء لها :

لابن عبد البر مكانة عظيمة في قلوب العلماء ، ولذا كانت إجماعاته محل التقدير من العلماء ، حيث يذكرونها في مقام الاحتجاج بها في مواطن كثيرة من كتبهم ، لعلمهم بقوة هذه الإجماعات من عالم متقدم ، واسع الاطلاع على أقوال السلف والتابعين وأتباعهم .

❁ وهذه نماذج للعلماء الذين نقلوا عنه الإجماع في كتبهم :

(١) ابن رشد الحفيد : صاحب بداية المجتهد (٥٩٥) ، وهو من أقدم مَنْ رأيتُه يحكى الإجماع عن ابن عبد البر ، وقد استفاد ابن رشد في كتابه بداية المجتهد من ابن عبد البر كثيراً ، بل لا نبالغ إذا قلنا إن معظم إجماعاته ومعلومات الكتاب مستقاه من كتب ابن عبد البر ، ولذا نجده في مواضع كثيرة ينقل نص عبارة ابن عبد البر في حكاية الإجماع - وإن لم ينسبها له - بل إنه قال في آخر كتاب الطهارة : " وأكثر ما عولت فيما نقلت من نسبة هذه المذاهب إلى أربابها هو كتاب الاستذكار ، وأنا قد أبحث لمن وقع من ذلك على وهم لي أن يصلحه " (١) .

(٢) الموفق ابن قدامة ت : (٦٢٠هـ) : فقد نقل عنه في مواطن كثيرة جداً أحياناً يصرح باسمه ، وأحياناً يحكى نص عبارته في الإجماع وإن لم ينسبها له (٢) ولم أره في موضع من المواضع أنتقد إجماعاته .

(٣) وكذلك نقل عنه الإجماع بهاء الدين المقدسي ت : (٦٢٤هـ) (٣) .

(٤) الإمام القرطبي المفسر ت : (٦٧١هـ) : فقد أكثر عنه ، بل لا تكاد تخلو صفحات تفسيره من نقل عن ابن عبد البر ، إما حكاية لإجماع أو خلاف (٤) .

(١) بداية المجتهد : ج١ ص ٨٨ .

(٢) المفسر : (٥٧/٥ ، ١٤٢ ، ١٦٠ ، ٢٦٦ ، ٢٦٤ ، ٢٧٤ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥) ، (٩/٢ ، ١٦ ، ٩٥ ،

٢٨٤ ، ٣٠٥ ، ٣٧٤) ، (١/٢٨٩ ، ١٢٣) ، (٣/١٢٣ ، ٢٠٠ ، ٣٣٨) .

(٣) العدة بشرح العمدة ص ٤٤ .

(٤) تفسير القرطبي : (٥٣/١٣) الإجماع في التفسير : ص ١٤٧ .

٥) الإمام النووي ت : (٦٧٦هـ) : حيث نقل عنه الإجماع في مواضع عدة من كتبه^(١).

٦) وكذلك شمس الدين بن قدامة ت : (٦٨٢هـ) ^(٢) .

٧) وكذلك الإمام القرافي ت : (٦٨٤هـ) : نقل عنه الإجماع في عدد من كتبه^(٣).

٨) وكذلك شيخ الإسلام ابن تيمية ت : (٧٢٨هـ) : نقل عنه الإجماع في مواضع عدة من كتبه^(٤) ، وقال في أحد المواضع بعد أن نقل عنه الإجماع في مسألة عقديّة : فهذا كلام ابن عبد البر إمام أهل المغرب^(٥) ، وقال عنه في موضع آخر : وأبو عمر من أعلم الناس بالآثار والتميز بين صحيحها وسقيمها^(٦) .

٩) وكذلك الإمام ابن القيم ت : (٧٥١هـ) ^(٧) .

١٠) وكذلك ابن مفلح صاحب الفروع ت : (٧٦٣هـ) ^(٨) .

١١) وكذلك الإمام الزركشي ت : (٧٧٢هـ) ^(٩) .

١٢) وكذلك الإمام أبو زرعة ولي الدين العراقي ت : (٨٢٢هـ) ^(١٠) .

١٣) والإمام الحافظ ابن حجر ت : (٨٥٢هـ) ^(١١) .

(١) شرح مسلم : (٢٣/٧ ، ٢٤ ، ١٦٩/٨) .

(٢) النظر مثلاً : (٤٣/١ ، ٢٠٩ ، ٢١٤ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ ، ٣٠٩ ، ٢٢٩/٢ ، ٢٣٢ ، ٢٤٢ ، ٢٤٩) من الشرح الكبير .

(٣) الفروق : (٤٥/٤) ، الذخيرة (٣١٠/١) .

(٤) الفتاوى الكبرى : (٧/٢) ، مجموع الفتاوى : (٤٨٤/١) .

(٥) الفتاوى الحموية : ص ٥١ ، الفتاوى الكبرى : (٧/٢) .

(٦) درء تعارض العقل والنقل : (١٥٧/٧) .

(٧) إعلام الموقعين : (٢٠٥/١) .

(٨) الفروع : (٤٨٦/١) .

(٩) شرح الزركشي : (٣٣٦/٢) .

(١٠) طرزح التشرية : (١٨٢/٢ ، ٣٣٢) ، (١٢٥/٣٠ ، ١٩٣ ، ١٩٩) ، (١٩٧/٥) .

(١١) فتح الباري : (٢٠٨ ، ٩٠/٢) (١٩٢/٣) ، وغيرها .

- ١٤) والإمام العيني ت: (٨٥٥هـ) (١) .
- ١٥) وبرهان الدين بن مفلح صاحب المبدع ت: (٨٨٤هـ) (٢) .
- ١٦) والخطّاب ت: (٩٥٤هـ) (٣) .
- ١٧) والبهوتي ت: (١٠٥١هـ) (٤) .
- ١٨) والرهوني ت: (١٢٣٠هـ) (٥) وغيرهم .

-
- (١) عمدة القاري : (٢٨٣، ٢٧/٣) .
- (٢) المبدع : (٨٦/٣ ، ٩١ ، ١٣٥ ، ٢٤٧ ، ٢٤١) .
- (٣) مواهب الجليل : (١٤٣/٣ ، ١٤٨ ، ١٥١ ، ١٧٢ ، (٣٠١/١) .
- (٤) كشف القناع : (٣٢٦/٢ ، ٣٧٩ ، (٧٩/١ ، ٢٤٩ ، ٢٦٣) .
- (٥) حاشية الرهوني : (٢٩٣/١) ، (٤٣٩/٢) .

"الفصل الرابع"

طعون العلماء في إجماعات

ابن عبد البر

نظراً لتوسع ابن عبد البر في قواعده الأصولية التي رجحها كاحتجاجه بقول الأكثر لذا صارت إجماعاته محل انتقاد ، ورساه بعض العلماء بالتساهل لأجل ذلك ، وكان أول من لفت نظر الباحث للطعور التي وجهت لابن عبد البر أستاذنا الدكتور/إسماعيل سالم رحمه الله تعالى رحمة واسعة- أثناء تدريسه لنا في الدراسات العليا مادة البحث الفقهي ومناهجه ، فقد ذكر في كتابه " البحث الفقهي " هامش ص ١٥٦ "حذر علماء المالكية من اتفاقات ابن رشد ، وإجماعات ابن عبد البر وخلافيات الباجي " ، فبدأت رحلة بحث شاقة للوصول إلى أول من وجه هذه الطعون وما الأسباب التي دعت له لذلك وعلى أي شيء اعتمد ، وما الأدلة التي ساقها لتأييد هذا الكلام وتلك الطعون ؟ وكان أول من عثرت على طعونه ، هو الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ في كتابه " القواعد " ^(١) حيث قال في القاعدة الحادية والعشرين بعد المائة : "حذر الناصحون من أحاديث الفقهاء ، وتحملات الشيوخ ، وتخريجات المتفقيين ، وإجماعات المحدثين وقال بعضهم : احذر أحاديث عبد الوهاب ^(٢) ، والغزالي ^(٣) ، وإجماعات ابن عبد البر ، واتفاقات ابن رشد ^(٤) واحتمالات الباجي ^(٥) واختلاف اللخمي ^(٦) ^(٧) وأشار محقق القواعد أحمد بن حميد في الهامش إلى أن الشنقيطي في منظومة الطليخة قد حذر من ذلك أيضاً :

(١) هو الإمام أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن أحمد المقرئ التلمساني جد شهاب الدين المقرئ صاحب نفع الطيب ولد أيام السلطان أبي حمد موسى بن عثمان بن تغيراش بن زيان وتوفي عام ٧٥٨ هـ أهم مؤلفاته القواعد وقد حققه أحمد بن عبد الله بن حميد وهو مطبوع ، الكليات الفقهية تحقيق محمد بن الهادي أبو الأجنان وهو مطبوع في الدار العربية للكتاب ١٩٩٧ م .

(٢) عبد الوهاب بن علي البغدادي القاضي أحد أئمة المالكية من كتبه التلقين في الفقه ، وشرح المدونة توفي بمصر عام ٤٢٢ هـ .

(٣) هو الإمام أبو حامد الغزالي حجة الإسلام صاحب إحياء علوم الدين ، والبسيط والوسيط والوجيز في فقه الشافعية توفي ٥٠٥ هـ .

(٤) هو أبو الوليد ابن رشد الحفيد صاحب بداية المجتهد توفي ٥٩٥ هـ .

(٥) هو أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي توفي ٤٧٤ هـ .

(٦) هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي ت ٤٧٨ هـ .

(٧) القواعد للمقرئ ج ١ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ ط مركز إحياء التراث الإسلامي مكة المكرمة .

وحذر الشيوخ من إجماع
عن ابن عبد البر ذي السماع
وحذروا أيضاً من اتفاق
عن ابن رشد عالم الأفاق
لكن أقل ذلك الجمهور
كما أقل ذا هو المشهور
وحذروا من الخلافات
أي ما عن الباجي منها يأتي^(١)

وقال الشيخ زروق^(٢) في شرحه على رسالة ابن أبي زيد القيرواني وهو يشرح قوله : " والماء أظهر وأطيب ، وأحب إلى العلماء " يعني الاستنجاء به أظهر للمحل إذ يذهب بالشك ، والتلويت ، وينظف المحل بلا ريب ، وأحب إلى العلماء كافة إلا ما يروى عن ابن المسيب من قوله : الاستنجاء بالماء من فعل النساء ، وحمل على أنه واجبهن ، وقد تقدم أنه يتعين في بول المرأة ، وفي الذخيرة إلحاق الخصي بها والمني بالماء ، والمذي مثله ، وشاذ قول ابن بشير على المشهور لا عرفه ، وقول المازري : قال بعض أصحابنا : يجزئ معه الاستجمار كالبول مقابل بقول أبي عمر - ابن عبد البر - لا يختلف أن صاحب المذي عليه الغسل ، إنما اختلفوا في غسل محله ، أو محل الذكر (أ.هـ).

✽ تنبيه : ربما يقول هذا من إجماعات ابن عبد البر ، وقد حذر الشيوخ منها كاتفاقات ابن رشد ، وخلافيات الباجي " انتهى بالنص من الشرح المذكور^(٣) .

وذكر الإمام الخطّاب في مقدمة شرحه لمختصر خليل المسمى بمواهب الجليل ص ٤٠ : " فائدة أخرى من شرح الرسالة " والماء أظهر وأطيب " ، قال : حذروا أي الشيوخ من إجماعات ابن عبد البر ، واتفاقات ابن رشد ، وخلافيات الباجي " (أ.هـ) هذه هي الطعون التي

(١) القلاوي الشنقيطي ، الطليحة (ضمن مجموع) الطبعة الأولى بالجزائر ١٣٣٩-١٩٢١ ص ٨٢ .

(٢) هو العلامة أحمد بن محمد البرنس القاسي المعروف بزروق التوفي ٨٩٩ هـ .

(٣) شرح الشيخ زروق على الرسالة ج ١ ص ١٠٣ ، ط دار الفكر ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

(٤) مواهب الجليل ج ١ ص ٤٠ ط دار المعرفة للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطّاب ولد ٩٠٢ هـ ، وتوفي ٩٥٤ هـ .

تمكن من الحصول عليها وهي خاصة بإجماعات ابن عبد البر ،
واتفاقات ابن رشد وهناك طعون عامة ^(١) ونلاحظ عليها ما يأتي :

أولاً : أن كل من وجه هذه الطعون من علماء وأئمة المغرب الإسلامي
بما فيه الأندلس .

ثانياً : كلهم من أئمة المالكية أي أتباع لنفس مذهب الإمام ابن عبد البر .

ثالثاً : كلهم ذكر الطعن على لسان غيره دون أن يحدد من ذلك الغير
فكلهم قال : حذر الشيوخ !! فمن هؤلاء الشيوخ الناصحون الذين
ورد هذا التحذير على لسانهم ؟ !! .

رابعاً : لم يذكر أي منهم أدلة ؟ أو دليلاً واحداً على صدق ما ذهب إليه ،
ولكن ذكر هكذا بالإطلاق دون بيان لمثال حتى ولو واحد !! .

خامساً : لم ينتصر لإجماعات ابن عبد البر سوى الونشريسي صاحب
المعيار المعرب حيث أبطل الطعون السابقة ودافع عن إجماعات
ابن عبد البر ^(٢) وقال محمد بن أبي مدين ^(٣) بعد أن نفى انفراد
ابن عبد البر بالاحتجاج بإجماع الكثرة : فهو إجماع على قول
الجويني ، والطبري ، وأبي بكر الرازي أن شذوذ الواحد أو
الاثنين لا يخل بالإجماع واستظهر ابن الحاجب حجته ، وعلى
ذلك ابن عبد البر في إجماعاته ومن لا خبرة عنده بهذا الوجه من
المتأخرين قال لا تعتبر إجماعات ابن عبد البر وقد ردّ هذه المقالة
صاحب المعيار وردها أيضاً صاحب النفحة الأحمدية ؛ لأن ابن
عبد البر ممن لا يعتبر مخالفة الشاذ ، وهو من أطواد الأصول
والفروع ^(٤) .

(١) هذه الطعون العامة مثل ما قاله الإمام الشافعي ونقله عنه د/ وهبة الزحيلي حيث قال : " ولا يُنسب إلى
ساكت قول قائل ، ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قول وعمل ، وفي هذا ما يدل على أن إدعاء الإجماع
في كثير من خاص الأحكام ليس كما يقوله مدعيه) أصول الفقه د/ وهبة الزحيلي ص ٥٥٨ ولنا أن
نتصور مدى أهمية هذا الكلام من إمام كالشافعي المتوفى ٢٠٤ هـ وهي فترة متقدمة جداً ، ولكن لماذا
خص ابن عبد البر وابن رشد من التحذير من إجماعتهما ؟ .

(٢) المعيار المعرب جـ ١٢ ص ٣١، ٣٢ .

(٣) انظر ترجمة الإعلام (٩٤/٧) ، (٩٢/٤) مُعجم المؤلفين (١٠/١٢) .

(٤) الصوارم والأسنة في الذب عن السنة (٦٨) .

سادساً : والحق أن ضعف إجماعات ابن عبد البر ليس من تساهله من
تطبيق القواعد الأصولية ، ولكن لسعة القواعد الأصولية التي
رجحها ، ومنها الاحتجاج بقول الأكثر (١) .

سابعاً : أن كل الطاعين في إجماعات ابن عبد البر ليسوا من المعاصرين
له حتى نقول إنها من كلام الأقران في بعضهم وهو غير مقبول .

ثامناً : أن هذا الطعن لم يكن تجريحاً لابن عبد البر أو اتهاماً له بالكذب
مثلاً أو سوء الحفظ بل كان طعناً في مسائل العلم أو في جزء
معين من مسائل العلم وهي الإجماعات ، لذا وضعناها في
الاعتبار .

(١) انظر ص ٤٤ ، ٤٥ ، من المبحث السادس .

﴿ الباب الثالث ﴾

دعاوى إجماع لم يحصل فيها الباحث على مخالف

ويحتوي على ثلاثة فصول ...

- (١) الفصل الأول : البيوع والمعاملات .
- (٢) الفصل الثاني : الحدود والعقوبات .
- (٣) الفصل الثالث : القصاص والديات .

" الفصل الأول "

البيوع والمعاملات

التزمت في هذا الباب بعرض المسائل التي لم أعثر فيها على مخالف لدعوى ابن عبد البر ، وقمت بسرد هذه المسائل مع حذف المكرر والاكتفاء بمرجع أو مرجعين في مختلف المذاهب منعاً للإطالة .

(١) قال : " وأما الربا الذي ورد به القرآن فهو الزيادة في الأجل يكون بإزائه زيادة في الثمن فكانوا يتبايعون بالدين إلى أجل فإذا حل قال لصاحبه : إما أن تقضي وإما أن تربى ، فحرم الله ذلك في كتابه ، وعلى لسان رسوله واجتمعت عليه أمته (١) .

(٢) قال في حديث عطاء بن يسار عن عاملة على خبير أن التمر كله جنس واحد جيده ورديئه ، وأما النسيئة في بعض الربويات ببعض فمجتمع تحريمه (٢) .

(٣) قال : الحكم فيما يوزن إذا كان مما يؤكل أو يشرب كالحكم فيما يكال أو يشرب سواء لقوله عليه السلام في حديث أبي هريرة ، أبي سعيد : " وكذلك الميزان " وهو أمر مجتمع عليه لا حاجة بنا إلى الكلام فيه (٣) .

(٤) " وقند أجمعوا أن الذهب والورق والنحاس وما أشبه ذلك لا يجوز شئ من ذلك كله كيلاً بكيل بوجه من الوجوه فكذلك كل موزون لا يباع كيلاً بكيل على حال من الأحوال " (٤) .

(٥) لإجماعهم أن الذهب كله الأحمر منه والأصفر ، والجيد ، والدنيئ جنس واحد ، لا يباع إلا مثلاً بمثل وكذلك الفضة ، وإن اختلفت أغراض الناس في ذلك " (٥) .

(١) التمهيد ج ٤ ص ٩١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٨ ، الاختيار ج ٢ ص ٣٧ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٥ .

(٢) التمهيد ج ٥ ص ١٢٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٨ ، الاختيار ج ٢ ص ٣٧ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢١ . العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٥ .

(٣) التمهيد ج ٥ ص ١٣٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٨ ، الاختيار ج ٢ ص ٣٧ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٥ .

(٤) التمهيد ج ٢ ص ٥٧ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٨ ، الاختيار ج ٢ ص ٣٧ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٥ .

(٦) في حديث مالك بن أنس بن الحدثان أن النساء لا يجوز في بيع الذهب بالورق ، وإذا كان الذهب والورق وهما جنسان مختلفان يجوز التفاضل بإجماع ولا يجوز فيهما النساء فأحرى ألا يجوز ذلك في الذهب بالذهب الذي هو جنس واحد، ولا في الورق بالورق لأنه جنس واحد وهذا أمر مجتمع عليه لا خلاف فيه (١) .

(٧) قال : " أجمعوا أنه لا يجوز عندهم العجين بالعجين لا متمائلاً ولا متفاضلاً ، لا خلاف بينهم في ذلك ، وكذلك العجين بالدقيق ، فإذا أصبح العجين خبزاً جاز عند مالك متفاضلاً ومتساوياً وبالدخول الصناعة فيه (٢) .

(٨) والبرُّ كله صنف واحد بإجماع وإن اختلفت ألوانه وبعض صفاته ، وخاص أسمائه كالربوز والثمرة ، والسمراء والحمولة وما أشبه ذلك الشعير كله صنف واحد والتمر كله اختلاف ألوانه ، وأسمائه الخاصة صنف واحد وكذلك الذبيب كله أحمره ، وأسوده صنف واحد (٣) .

(٨) ألا ترى أنه لا يجوز عند مالك بيع الثوب عاجلاً بثوبين من جنسه إلى أجل ، وبثوب مثله إلى أجل وزيادة وذلك ربا عند الجميع ممذوع (٤) .

(٩) قال : لا ربا عند مالك وأصحابه فيماعد المطعوم والمشروب إذا ما كان رأو قوتاً ، والذهب والفضة إلا فيما دخل معناه الزيادة والسلف

(٥) الكافي ص ٣٠٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٥ .

(١) التمهيد جـ ٦ ص ٢٨٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٣ ، المحلى جـ ٨ ص ٥١٤ .

(٢) التمهيد جـ ١٩ ص ١٨٤ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٣ ، المحلى جـ ٨ ص ٥١٤ .

(٣) الكافي ص ٣١١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٣ ، المحلى جـ ٨ ص ٥١٤ .

(٤) الكافي ص ٣١١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٣ ، المحلى جـ ٨ ص ٥١٤ .

فإن الزيادة في السلف ربما عند جميع العلماء إذا كان ذلك مسلوفاً معلوماً مقصوداً إليه مشترطاً (١) .

(١٠) قال لما اجتمع العلماء على أنه لا بأس بشراء النحاس والصفير والحديد والمسك والعنبر والزعفران ، وما أشبه ذلك من الموزونات بالذهب والورق نقداً ونسيئة دل ذلك على فساد ما أجله الكوفيون في أن الوزن جنس لا يجوز فيه التفاضل ولا النساء ، وقد أجمعوا على جواز بيع الزعفران والقطن ، والحديد والرصاص وكل ما يوزن بالذهب والفضة بالنقد والنسيئة (٢) .

(١١) قال : " لا خلاف بين الفقهاء بالحجاز والعراق أن البيع إذا انعقد على أن يسلف المبتاع البائع سلفاً مع ما ذكر من ثمن السلعة أو سلف البائع المبتاع مع سلعته المبيعة سلفاً ينعقد على ذلك والصفقة بينهما أن البيع فاسد عندهم ، لأنه يصير الثمن بالسلف مجهولاً والسنة المجتمعة عليها أنه لا يجوز الثمن إلا معلوماً (٣) .

(١٢) قال : " وأما الذهب والفضة ، وإن كانا موزونين فلا يشبههما غيرهما من الموزونات عند الجميع لأنهما مسلمان في كل شيء من الموزون وغيره ولا يسلم بعضها ببعض " (٤) .

(١٣) قال : " وفي اتفاق الفقهاء على أن البيع إذا وقع بالربا مفسوخ أبداً دليل واضح على أن بيع عامل رسول الله ﷺ الصاع بالصاعين

(١) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٨٢ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٩ ، المغني جـ ٤ ص ٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٦٧ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٥ ، المغني جـ ٤ ص ٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٤١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٥ ، المغني جـ ٤ ص ٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٤٤ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٥ ، المغني جـ ٤ ص ٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

كان قبل نزول آية الربا [سورة البقرة : ٢٧٦] وقبل أن يتقدم رسول الله ﷺ بالنهي عن التفاضل في ذلك (١) .

(١٤) قال : "أما الشافعي فإنه لا يراعي فيما يحل ويحرم من البيوع بين المتبايعين إلا ما اشترطا وذكر بالسنتهما وظهر من قولهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال له أبيعك هذه الدراهم بدنائير أنظرك بها حولاً أو شهراً لم يحل وقال : أسلفني دراهم ، وأمهلني بها حولاً أو شهراً أجاز وليس بين ذلك الاختلاف (٢) .

(١٥) قال عمر بن الخطاب : " الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم ، والصاع بالصاع ولا يباع كاليء بناجز " ، قال وعلى هذا جماعة أهل العلم (٣) .

(١٦) قال : " وقد أجمعوا أن كل ما حُرِمَ فيه التفاضل لا يباع منه كيل بجزاف ولا معلوم بمجهول ، ولا مجهول بمجهول ، كما ذكرنا ، كذلك لا شك فيه (٤) .

(١٧) قال : " قد أجمعوا على أن الجنس الواحد من المأكولات يدخله الربا من وجهين : لا يجوز بعضه ببعض متفاضلاً ولا بعضه ببعض نسيئة إلا أن كل واحد منهم على أصله المذكور في الاقيتات - المالكية - والكيل والوزن - الأحناف - وغيرهما (٥) .

(١) العمهيد ج٥ ص ١٢٩ ، بدائع الصنائع ج٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد ، ج٢ ص ١٢٩ الوجيز ص ١١١ ، العدة ص ١٨٣ ، مراتب الإجماع ص ٩٦ .

(٢) الاستذكار ج٢ ص ٥٩ ، بدائع الصنائع ج٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد ، ج٢ ص ١٢٩ الوجيز ص ١١١ ، العدة ص ١٨٣ ، مراتب الإجماع ص ٩٦ .

(٣) الاستذكار ج٢ ص ١٩٥ ، بدائع الصنائع ج٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد ، ج٢ ص ١٢٩ الوجيز ص ١١١ ، العدة ص ١٨٣ ، مراتب الإجماع ص ٩٦ .

(٤) الاستذكار ج٢ ص ١٩٤ ، بدائع الصنائع ج٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد ، ج٢ ص ١٢٩ الوجيز ص ١١١ ، العدة ص ١٨٣ ، مراتب الإجماع ص ٩٦ .

(٥) الاستذكار ج٢ ص ١٤٤ ، الاختيار ج٢ ص ٣٧ ، بدائع الصنائع ج٢ ص ٣٠ ، المغني ج٤ ص ٣٠ ، مراتب الإجماع ص ٩٤ .

- (١٨) قال : وأجاز الجميع النكاح على عبد موصوفٍ (١) .
- (١٩) قال : " لا خلاف بين العلماء الكوفيين والحجازيين وغيرهم أنه لا بأس ببيع الحيوان بالحيوان متفاضلاً يداً بيد " (٢) .
- (٢٠) قال : " لما أجمعوا أنه لا يجوز في كل ما يحرم فيه التفاضل أن يباع شيء منه مجهول بمجهول ، أجمعوا أنه لا يجوز في كل ما يحرم فيه التفاضل شيء منه مجهول بمجهول أو معلوم بمجهول " (٣) .
- (٢١) قال : " لا خلاف بين مجيزي المساقاة أنه لا يجوز أن تكون من واحد منهما زيادة يزدادها على جزئه المعلوم لأنه حينئذ يعود الجزء مجهولاً ، ولا يجوز أن تكون المعاملة على جزء مجهول ، وإنما تجوز على جزء معلوم ، ثلث أو نصف أو ربع أو نحو ذلك من الأجزاء المعلومات فيما يخرج به إليه في الثمرة (٤) .
- (٢٢) وقد أجمعوا : " أنه لا تجوز البيانات والمعاوضات في المجهولات " (٥) .
- (٢٣) وأجمعوا : " أنه لا يحل ملك مالك إلا عن طيب نفس " (٦) .
- (٢٤) قال مالك : " ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهماً ثم يأخذ منه بربع أو بكسر معلوم وقال الرجل : أخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل ، لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفرقاً على بيع معلوم
-
- (١) الاستذكار جـ ٢١ ص ٥٩ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٧ ، بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٠ ، المغني جـ ٤ ص ٣٠ ، مراتب الإجماع ص ٩٤ .
- (٢) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٩١ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٧ ، بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٠ ، المغني جـ ٤ ص ٣٠ ، مراتب الإجماع ص ٩٤ .
- (٣) الاستذكار جـ ١٩ ، ص ٢٢٨ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٧ ، بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٠ ، المغني جـ ٤ ص ٣٠ ، مراتب الإجماع ص ٩٤ .
- (٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ٢٣٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٢٢ ، العدة ص ٢١٦ ، المحلى جـ ٩ ص ٥٨ .
- (٥) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٤٨ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢ ، العدة ص ١٧٨ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .
- (٦) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٤٨ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، الوجيز ص ١١٠ ، العدة ص ١٧٩ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

قال أبو عمر : هذا ما لا خلاف فيه للجهل ، بمبلغ ما يأخذ كل يوم بسعره لانخفاض الأسعار ، وارتفاعها " (١) .

(٢٥) عن الاختلاف في تعجيل الزكاة قبل وقتها من لم يجز قاسها على الصلاة وسائر ما كان مؤقت ومن أجاز جميعها قبل سنتها قاسها على الديون المؤجلة ، لأنه لا خلاف في جواز تعجيلها قبل إحلالها إذا تبرع بذلك (٢) .

(٢٦) حديث زيد بن أبي عياش وسؤاله لسعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت ؟ فقال سعد : أيتها أفضل ؟ قال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك .

قال أبو عمر : " ولا خلاف علمته في أن البيضاء المذكورة في هذا الحديث هي الشعير إلا ما ذكره وكيع ، والبيضاء عند العرب الشعير ، والسمراء البر ، الذرة صنف منفرد " (٣) .

(٢٧) قال : " وكثير الغرر ، لا يجوز بإجماع وقليلة متجاوز عنه ، لأنه لا يسلم بيع من قليل الغرر " (٤) .

(٢٨) قال : " والغرر اليسير معفو عنه عند الجميع " (٥) .

(٢٩) قال عن كسب النبي ﷺ من العقار مما أفاء الله عليه من بني النضير ، وفدك وغيرها .

ولا خلاف علمته ، في أن كسب العقار مباح ، إذا كان من حله ، ولم يكن سبب ذلك وصغار ، فإن ابن عمر رضي الله عنهما كسب أرض الخراج ، ولم ير شراءها وقال : لا تجعل في عنقك صغاراً (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٦٥ ، القوانين الفقهية ص ١٩٤ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ٤٦ ، الاختيار جـ ١ ص ١٨٠ ، القوانين الفقهية ص ٧٨ ، الوجيز ص ٧٠ ، العدة ص ٩٥ ، مراتب الإجماع ص ٣٥ .

(٣) الاستذكار جـ ١٩ ص ١٥٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، الروض المربع ، ص ٢٥٤ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٠٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، الروض المربع ، ص ٢٥٤ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٨٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، الروض المربع ، ص ٢٥٤ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣٠) قال عن حديث جابر عن الصديق حينما جاءه مال البحرين فقال :
من وعده رسول الله ﷺ بشئ فليأتنا قال : إن العدة واجب الوفاء
بها وجوب سنة وكرامة ، وذلك من أخلاق أهل الإيمان .

وإنما قلنا : إن ذلك ليس بواجب فرضاً ، لإجماع الجميع على أن
من وعد بمال ما كان لم يضرب به من الغرماء ، كذلك قلنا إيجاب
الوفاء حسن في المروءة ولا ينفي به ، ولا أعلم خلافاً أن ذلك
مستحسن (١) .

(٣١) قال : " لأن المواساة في العسرة وترقيق المهجة من الجائع واجب
على الكفارة بإجماع فكلهما حلال في الحال " (٢) .

(٣٢) حديث خرص عبدالله بن ربيعة ليهود خيبر دليل على أن كل ما
أخذه الحاكم والشاهد على الحكم بالحق أو الشهادة بالحق سحت وكل
سحت حرام لا يحل لمسلم أكله وهذا ما لا خلاف فيه بين علماء
المسلمين وقال جماعة أهل التفسير ﴿ أَكَالُونَ لِلْسَّحْتِ ﴾ الرشوة في
الحكم وفي السحت كل ما لا يحل كسبه (٣) .

(٣٣) قال عن حديث أبي هريرة : " إن الله حرم الخمر وثمنها ، وحرم
الخنزير وثمنه ، وجميع العلماء على تحريم بيع الدم والخمر " (٤) .

(٣٤) وأما مهر البغي " الزانية " ومهرها ما تأخذ على زناها فمجتمع
على تحريمه (٥) .

(٦) التمهيد جـ ١ ص ٢٠١ .

(١) التمهيد جـ ٣ ص ٢٠٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢
وما بعدها ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٢) الاستذكار جـ ١ ص ٣٥٨ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢
وما بعدها ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣) التمهيد جـ ٩ ص ١٤٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢
وما بعدها ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٤) التمهيد جـ ٤ ص ١٤٤ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢
وما بعدها ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٥) التمهيد جـ ٨ ص ٣٩٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢
وما بعدها ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣٥) وأما حلوان الكاهن فمجتمع على تحريمه أيضاً وثمان الكلب مختلف فيه (١) .

(٣٦) قال : بيع الأعيان غائبة لا يجوز وصف أو لم توصف عند الشافعي ، ولا يجوز عنده بيع الموصوف إلا مضموناً في الذمة وقد أجمعوا أنه من اشترى شيئاً من الحيوان معيناً ، واشترط ألا يسلمه إلا بعد شهر أو نحوه أن ذلك لا يجوز " (٢) .

(٣٧) كان سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب ، فيفرغ ذهبه في كفه الميزان ، ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى ، فإذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى ، فلا خلاف بين علماء المسلمين فيها [جوازها] فإذا كان الذهبان متقاربين لا يدخل فيهما من غيرهما ولا نقصان في أحد الكفتين ، ولا زيادة يحتاج فيها إلى وزن أو غيره (٣) .

(٣٨) قال رسول الله ﷺ عن بيع ما لم يضمن : " من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ، قال ابن عياض ، وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام ، وحجة من ذهب هذا المذهب (نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن ، ومعناه : ما كان في ضمان غيره فليس له أن يبيعه ، لأن المعنى أنه نهى عن بيع ما لم يضمن ، فصار الربح ، وغير الربح في ذلك سواء ، لأنه ما جاز بيعه برأس المال ودونه ، وهذا ما لا خلاف فيه فأغنى عن الكلام عليه " (٤) .

(٣٩) بيع العربان أن يعطى الرجل الرجل جزءاً من ثمن السلعة فإن أخذها كان العربون من الثمن وإن لم يأخذها فلا شيء له .

(١) التمهيد جـ ٨ ص ٣٩٩ ، الاختيار جـ ٢ ص ٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٢) الاستذكار جـ ٢ ص ١٨٤ ، الاختيار جـ ٢ ص ٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣) الاستذكار جـ ١٩ ص ٢٤١ ، الاختيار جـ ٢ ص ٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٤) الاستذكار جـ ٢ ص ١٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

وسا التفسير عليه جماعة فقهاء الأمصار وهم يحرمونه ، وطائفة أباحتها ويحتمل بيع العربان الذي أجازة رسول الله ﷺ أن يكون العربون من الثمن فإن لم يأخذ السلعة رده البائع وهذا جائز عند الجميع ثم قال : لا أعلم في هذا خلافاً ، ثم قال : وهي اتفاقهم على هذا دليل على تأويل مالك في بيع العربان " (١) .

(٤٠) مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقداً أو بخمسة عشرة ديناراً إلى أجل فكره ذلك ونهى عنه ، قال أبو عمر هذا من بيعتين في بيعة عند الجميع إذا افرقا على ذلك إلا أنهم اختلفوا في المعنى الذي له وجبت الكراهة ، والتحريم في ذلك على ما ذكره (٢) .

(٤١) العينة بيع ما ليس عندك من قبل أن تتباعه طعاماً كان أو غيره كالذي يبيع الدراهم منك بسلعة كذا وليست عندى أبتاعها لك فلم يشتريها منى فيوافقها على الثمن الذي يبيعها به منه ثم يوفي تلك السلعة ممن هي عنده نقداً ، ثم يسلمها إلى الذي سألها العينة بما قد اتفق معه عليه من ثمنها فهذه العينة المجتمع عليها (٣) .

(٤٢) أن النهي خاص بما إذا اتفقا على شئ الثمن ولا أقول أن من قعل هذا فبيعه محرم على الشخص الذي اشترى على شراء أخيه ولا أعلم أحداً من أهل العلم قاله (٤) .

(٤٣) قال : لا أعلم خلافاً في بيع المالك لنفسه الجائز الأمر في ماله ما لم يكن مستسئلاً مستصحباً للذي عامله أنه حلال له أن يبيعه بيعاً بأكثر ما يساوي أضعافاً إذا لم يدل له بعيب ، إلا أن يبيع منه أو

(١) الاستذكار جـ ١٩ ص ١٩ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٧٤ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣) الاستذكار جـ ١٩ ص ٢٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٤) التمهيد جـ ١٣ ص ٣١٧ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

يشتري عيناً من السلع قد جعلها مبتاعها أو باعها منه على أنها غير تلك العين ، كرجل باع قصديراً أو اشتراه على أنه فضة أو رخاماً أو نحوه على أنه ياقوت أو ما أشبهه من نحو ذلك فإن هذا لا يحل^(١).

(٤٤) قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد لا تجب فيه الزكاة ...

قال أبو عمر : " هذا ما لا أعلم فيه خلافاً عن مالك وأصحابه أنه يجوز أن يشتري العبد وماله بدراهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم ودنانير أو عروضاً وأن ماله كله تبع كاللغو لا يعتبر إذا اشترط ما يعتبر في الصفقة المفردة " (٢) .

(٤٥) عن الخلاف في أكل الخيل أنها ليست محرمة لأنها للركوب ، لأنه جائز التصرف فيها وفي ثمنها بإجماع وقال ولما ثبت المنع من الحمار والبغل ابن الحمار فحكمه حكم الحمار بإجماع (٣) .

(٤٦) عن حجة من أباح الانتفاع بما وقعت فيه الميتة في غير الأكل دليل الإجماع على بيع الهر والسباع والفهود المتخذة للصيد والحرر الأهلية - وهي لا تؤكل - قالوا وكل ما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه^(٤) .

(١) الاستدكار جـ ٢١ ص ١٠١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٥ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ٢٩٤ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣) التمهيد جـ ١٠ ص ١٢٩ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٠ ، العدة ص ١٨٢ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٤) التمهيد جـ ٩ ص ٤٦ ، وهذه المسألة محل خلاف ذكره الإمام النووي في شرحه لمسلم قال : " وأما النهي عن ثمن السور فهو محمول على أنه لا يرفع أو أنه يهوى تنزيه ... هذا مذهبنا ومذهب العلماء كالة أو عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد أنه لا يجوز بيعها ، انظر جـ ١٠ ص ٤٧٨ ، وراجع زاد المعاد جـ ٥ ص ٧٧٣ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٣ .

(٤٧) في الأمة إذا زنت الرابعة تباع ولو بضعف فيه دليل على أن التغاين في البيع وأن المالك الصحيح الملك جائز له أن يبيع ماله القدر الكبير بالتأفة اليسير وهذا لا خلاف فيه بين العلماء إذا عرف قدر ذلك واختلفوا إذا لم يعرف قدر ذلك ^(١) .

(٤٨) قال عن جواز بيع الثمار التي تقلع من الأرض كاللفت والجزر ... إلخ ، ولا خلاف بين العلماء في بيع الثمار والبقول والزرع على القلع ، وإن لم يبدُ صلاحه إذا نظر إلي المبيع منه وعرف قدره ^(٢) .

(٤٩) قال بعد أن ذكر الخلاف في جواز بيع العربان وعدم جوازه ويحتمل أن يكون بيع العربان الجائز على ما تأوله مالك والفقهاء معه ، وذلك أن يعربنه ثم يحسب عربانه من ثمنه إذا اختار تمام البيع وهذا لا خلاف في جوازه عن ملك وغيره ^(٣) .

(٥٠) في أحاديث العرايا قال : " واختلف العلماء مقدار العرية بعد إجماعهم أنها لا تجوز في أكثر من خمسة أوسق " ^(٤) .

(٥١) قال : " ولا أعلم بين أهل العلم خلافاً أن التلقيح هو أن يؤخذ طلع ذكور النخل فيدخل بين ظهرائي طلع الإناث " ^(٥) .

(٥٢) قال : " ولم يختلفوا في أن الحائط إذا تشقق طلع إنائه فأخذ إياره وقد أبر غيره مما حاله مثل حاله أن حكمه حكم ما قد أبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الآبار وظهرت إبرته بعد مغيبها في الخف " ^(٦) .

(١) التمهيد جـ ٩ ص ١٠٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ص ٤٣٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٥٠ ، المغني جـ ٤ ص ٥ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ٣٠٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ص ٤٣٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٥٠ ، المغني جـ ٤ ص ٥ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣) التمهيد جـ ٢٤ ص ١٧٩ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ص ٤٣٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٥٠ ، المغني جـ ٤ ص ٥ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٤) التمهيد جـ ٢ ص ٣٣٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣١٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٦ ، الوجيز ص ١٢٦ ، الروض المربع ص ٢٦٤ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٥ .

(٥) الاستدكار جـ ١٩ ص ٨٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣١٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٦ ، الوجيز ص ١٢٦ ، الروض المربع ص ٢٦٤ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٥ .

(٦) الاستدكار جـ ١٩ ص ٨٣ ، المغني جـ ٤ ص ٦٣ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٨ ، الاختيار جـ ٣ ص ٥٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٠ .

(٥٣) في حديث : " ما طلع النجم صباحاً قط ، وبقوم عاهة إلا رفعت عنهم أو خفت " والنجم هو الثريا لا خلاف هاهنا في ذلك (١) .

(٥٤) قال عن حديث النهي عن تلقي الركبان لا أعلم خلافاً في جواز خروج الناس إلى البلدان في الأمتعة والسلع لا فرق بين القريب والبعيد من ذلك في النظر ، وإنما التلقي من خرج بسلعة يريد بها السوق ، وأما من قصدته إلى موضعه فلم تتلق (٢) .

(٥٥) ولم يختلفوا أن قسمة البقول لا تجوز لما يلحقها من الجوائح فيقول ذلك إلى بيع بعضها ببعض متفاضلاً (٣) .

(٥٦) قال مالك : " فأما أن يبيع من رجل سلعة بيت بيعها ثم يندم المشتري فيأتي البائع ويقول : بع لا نقصان عليك فهذا لا بأس به لأنه ليس من المخاطرة ، وإنما هو شيء وضعه له وليس على ذلك عقد بيعهما ، وذلك الذي عليه الأمر عندنا ، قال أبو عمر : " هذا البيع لا أعلم خلافاً في أنه لا يجوز فيه لأنه الثمن فيه مجهول الشرط البائع للمبتاع أنه ما خسر فيه ، والخط من ثمنه فهو ضامن له وذلك في عقد صفقته فهو بيع فاسد لأنه يؤول إلى ثمن مجهول" (٤) .

(٥٧) ومعنى نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد ، لم يختلفوا أنه أريد به نفع أهل السوق ونحوها من الحاضرة (٥) .

(١) التمهيد جـ ٢ ص ١٩٣ ، المغني جـ ٤ ص ٦٣ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٨ ، الاختيار جـ ٣ ص ٥٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٠ .

(٢) التمهيد جـ ١٨ ص ١٨٦ ، المغني جـ ٤ ص ٦٣ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٨ ، الاختيار جـ ٣ ص ٥٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٠ .

(٣) الكافي ص ٤٤٩ ، المغني جـ ٤ ص ٦٣ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٨ ، الاختيار جـ ٣ ص ٥٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٠ .

(٤) الاستذكار جـ ٢ ص ١٩١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٩ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٥) الاستذكار جـ ٢ ص ٨٣ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٩ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٥٨) وقد أجمعوا أن من شرط بيع الأعيان تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة فيها نقداً كان الثمن أو ديناً (١) .

(٥٩) قال : " ومعلوم أن التراد إذا وجب بالتحالف والسلعة حاضرة ، وجب أيضاً بعد هلاكها ، لأن القيمة تقوم مقامها ، كسائر ما فات من البيوع ، فقد وجب رده ، كانت القيمة عند الجميع فيه بدلاً منه (٢) .

(٦٠) قال : " لا أعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه لا يجوز لأحد أن يستثنى تمر نخلات معدودات من حائط رجل غير معينات يختارها من جميع النخل " (٣) .

(٦١) لأن العلماء مجمعون على أن من قبض ما يبتاع " يشتري " بما يجب به قبضه من كيل أو وزن أو تسليم وصار في يد المبتاع " المشتري " كما كان في يد البائع أن المصيبة والجائحة فيه من المبتاع " المشتري " (٤) .

(٦٢) الإجماع بأن الإقرار في الحقوق يجب بالمرة الواحدة (٥) .

(٦٣) وأجمع العلماء على أن تغير الأسواق وحوادثها ليس بفوت في رد المعيب من السلع (٦) .

(١) الاستدكار جـ ٩ ص ١٧٧ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٩ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) الاستدكار جـ ٢٠ ص ٢٤٤ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٩ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٣) الاستدكار جـ ١٩ ص ١٦٩ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٩ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٤) التمهيد جـ ١٣ ص ١٥٣ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٨٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٨٩ ، الروض المربع ص ٢٦١ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٥) التمهيد جـ ١٢ ص ١٠٧ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٠١ ، الروض المربع ص ٥٣٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٧٩ .

(٦) الكافي ص ٣٥٧ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٤١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٠١ ، الروض المربع ص ٥٣٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٧٩ .

(٦٤) إجماع العلماء على أن دوراً لو كانت بين قوم قسمت بينهم وأقرع بينهم في ذلك وهذا طريق الشركة في الأملاك التي تقع فيها القسمة بالقرعة على قدر القيمة ^(١) .

(٦٥) لو علم مشتري المصراة أنها مصراة بإقرار البائع فردها قبل أن يطلبها لم يكن عليه غرم ، لأنه لم يطلب اللبن الذي من أجله يلزم غرم الصاع ، قال أبو عمر : " هذا ما لا خلاف فيه " ^(٢) .

(٦٦) قال : " والكذب - في البيع - لم يحل له بإجماع العلماء ^(٣) .

(٦٧) وقد أجمعوا أن الرجوع في حقوق الأدميين بعد الإقرار لا ينفع الراجع عما أقر به ، وأنه يلزمه إقراره في أموال الأدميين كلها ^(٤) .

(٦٨) أن بيع المعيب يقع صحيحاً بدليل التخيير فيه لأنه إن رضى المبتاع بالمعيب جاز ذلك ، ولو كان المعيب فاسداً أو حراماً لم يصح الرضا به ، وهذا أصل مجتمع عليه ^(٥) .

(٦٩) لم يختلف العلماء أن المصراة إذا ردها مشتريها بعيب التصرية أو بعيب غير التصرية لم يرد اللبن الحادث في ملكه ^(٦) .

(٧٠) فإن الأمة مجتمعة على أن السلف لا يكون في شيء بعينه ، وإنما التسليف في صفة معلومة ^(٧) .

(١) التمهيد جـ ٢٣ ص ٤٢٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٤٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٠١ ، الروض المربع ص ٥٣٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٧٩ .

(٢) التمهيد جـ ١٨ ص ٢١٦ ، الاختيار جـ ٣ ص ٦٨ القوانين الفقهية ص ١٩٢ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٤ ، الروض المربع ص ٢٤٥ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٣) الاستذكار جـ ٢ ص ٢١٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢ ، العدة ص ١٧٨ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٣٦ .

(٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٨٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ١٨٥ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢١٣ ، الوجيز ص ١٥٩ ، العدة ص ٥٥٩ المحلى جـ ٨ ص ٢٥٠ .

(٥) الاستذكار جـ ٢١ ص ٨٨ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٣ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٧٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٦ ، المغني جـ ٤ ص ٤٨ ، مراتب الإجماع ص ٨٥ .

(٦) الاستذكار جـ ٢١ ص ٩٥ بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٤٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٣ ، المغني جـ ٤ ص ١٠٣ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٤٢ .

(٧١) السلم في عين معدومة غير مضمونة غير جائز عند الجميع ^(١) .

(٧٢) سلف جر منفعة ، وهو إذا صح وصرح به مجتمع على تحريمه ^(٢) .

(٧٣) استلاف الجمل لم يكن له ^(٣) بل لمساكين البلدة ؛ لأنه قضاة من إيل الصدقة فاستقرضه عليهم ثم رده من الصدقة كما يستقرض وليّ اليتيم عليه نظراً له ، ثم يرده من ماله إذا طرأ له مال ، وهذا كله لا تنازع فيه ^(٤) .

(٧٤) لأنه خلاف الأصول المجتمع عليها ، ومن الأصول المجتمع عليها عند الفقهاء أنه لا يجوز أن يشترط على البائع في عقد الصفقة منه من التصرف في ثمن ما باعه ولا على المبتاع مثل ذلك فيما ابتاعه ، وشرط الخيار يوجب جواز ما منعت السنة المجتمع عليها قبل جوازه ^(٥) .

(٧٥) قال مالك : " وأما كل شيء كان حاضراً يشتري على وجهه مثل اللبن إذا حلب والرطب يستجنى فيأخذ المبتاع يوماً بيوم فلا بأس به ، قال أبو عمر هذا لا خلاف فيه إذا اشترى على وجهه بعد النظر إليه ، وقد حلب اللبن ، وجنى التمر " ^(٥) .

(٧٦) في حديث عمرو بن شعيب : " لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستبقيه فلفظ منكر ، لإجماع علماء المسلمين أنه جائز له أن

(٧) الاستدكار جـ ١٩ ص ١٧٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص

١٠٣ ، الروض المربع ص ٢٦٤ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٣٦ .

(١) الاستدكار جـ ١٩ ص ١٦٨ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص

١٠٣ ، الروض المربع ص ٢٦٤ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٣٦ .

(٢) الاستدكار جـ ٢١ ص ١٩ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص

١٠٣ ، الروض المربع ص ٢٦٤ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٣٦ .

(٣) الاستدكار جـ ٢١ ص ٤٣ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص

١٠٢ ، المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٧ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٠ ص ٢٥٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص

١٠٢ ، المغني جـ ٥ ص ٤٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٦٧ .

(٥) الاستدكار جـ ١٩ ص ١٦٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص

١٠٢ ، المغني جـ ٨ ص ٤٦٧ .

يفارقه ليتم بيعه وله أن لا يقله إلا أن يشاء وقوله " لا يحل " لفظة منكرة بإجماع وبان أن الإقالة ندب وحصر لا إيجاب وفرض (١) .

(٧٧) قال : " واتفق أهل العلم - فيما علمت - أن الوكيل والمأمون يبيع شيئاً أو شرائه إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله أن فعله ذلك باطل مردود (٢) .

(٧٨) عن الأحناف قال : " وأخرجوا الحوالة من البيع كما أخرجها الجميع من باب الدين بالدين ومن باب البيع أيضاً " (٣) .

(٧٩) قال مالك : " يكرى الرجل الرجل راحلته بعينها أو يؤاجر غلامه - الخياط أو النجار أو العمال غير ذلك - أو يكرى مسكنه ، ويستلف إجازة ذلك الغلام ، أو كراء المسكن أو تلك الراحلة ، ثم يحدث في ذلك حدث لموت أو غيره ، فيردُّ ربُّ الراحلة أو العبد أو المسكن إلى الذي سلفه ما بقى من كراء الراحلة أو إجارة العبد أو كراء المسكن ؟ يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك إن كان استوفى نصف حقه بإجماع (٤) .

(٨٠) قد أجمعوا أن الإقالة بيع جائز في السلف برأس المال (٥) .

(٨١) قال : " لا خلاف بين العلماء أن الإقالة إذا كان فيها نقصان أو زيادة أو تأخير أنها بيع " (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٢٣٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٤٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٠٢ ، المغني جـ ، المجلد ٨ ص ٤٦٧ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٠٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢١٦ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٠٢ ، الوجيز ص ١٥٤ ، العدة ص ٢١٢ ، مراتب الإجماع ص ٦١ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٠ ص ٦٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٤١ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٦٩ ، الوجيز ص ١٤٧ ، العدة ص ٢٠٥ ، مراتب الإجماع ص ٦٢ .

(٤) الاستذكار جـ ١٩ ص ١٧٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٦٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٥٥ ، العدة ص ٢٦٦ ، مراتب الإجماع ص ٦٠ .

(٥) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٣ ، الاختيار جـ ٢ ص ١٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ١١٥ ، المغني جـ ٤ ص ٣١٠ ، المجلد ٨ ص ٣٤١ .

(٦) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ١٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ١١٥ ، المغني جـ ٤ ص ٣١٠ ، المجلد ٨ ص ٣٤١ .

(٨٢) لم يختلف العلماء أنه إذا أقاله في جميع السلم وأخذ منه رأس ماله في حين الإقالة فإنه جائز وأن له التصرف فيه كيف شاء معه ومع غيره إذا بان بما قبض من رأس المال إلى نفسه " (١) .

(٨٣) وأصل هذه المسألة عند مالك وأصحابه الحكم بقطع الذرائع كان المسلم والمسلم إليه لما علما أن فسخ البيع في شئ آخر لا يجوز ، ذكر الإقالة ذكراً لا حقيقة له يستجيز بذلك صرف الطعام في غيره وذلك بيعه قبل استيفائه ، وقد أجمعوا أن لو لم يستقل لم يجز له صرف رأس المال في غيره كما لا يجوز له صرف رأس ماله في دراهم أو دنائير أكثر منها (٢) .

(٨٤) فأشبهه الجارية المشتراة بالخيار فلا يجوز وطؤها بإجماع حتى تنقضي أيام الخيار فيلزم العقد فيها (٣) .

(٨٥) قال : " الأصل في جواز الجعل : ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾ [سورة يوسف آية : ٧٢] ، وما أجمع عليه الجمهور من جواز الجعل في الإتيان بالآباق والضوال " (٤) .

(٨٦) وأجمعوا أن الوكالة في العتق وغيره جائزة (٥) .

(٨٧) اتفقهم "أنه لو وكله ببيع شئ ثم باعه الموكل ، أن ذلك خروج للوكيل عن الوكالة وعزل - له - وإن لم يعلم (٦) .

١

(١) الاستدكار جـ ٢٠ ص ٢٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ١٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ١١٥ ، المغني جـ ٤ ص ٣١٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٤١ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٠ ص ٢٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ١٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ١١٥ ، المغني جـ ٤ ص ٣١٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٣٤١ .

(٣) الاستدكار جـ ٢١ ص ٦٣ ، الاختيار جـ ٢ ص ١٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٣ ، العدة ص ١٩٠ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٠٩ .

(٤) الاستدكار جـ ٢١ ص ١١٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩١ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٢٩ ، الوجيز ص ١٩٥ ، العدة ص ٢١٩ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٠٥ .

(٥) التمهيد جـ ٣ ص ٦٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢١٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠١ ، الوجيز ص ١٥٤ ، العدة ص ٢١٢ ، مراتب الإجماع ص ٦١ ، الكافي ص ٣٩٥ .

(٦) التمهيد جـ ٣ ص ٦٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢١٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠١ ، الوجيز ص ١٥٤ ، العدة ص ٢١٢ ، مراتب الإجماع ص ٦١ ، الكافي ص ٣٩٥ .

(٨٨) وأجمعوا على أنه لا تجوز المساقاة إلا على جزء معلوم قل أو كثر (١) .

(٨٩) قال : "المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها لا خلاف في ذلك " (٢) .

(٩٠) قال : " وأجمعوا أن القراض ليس عقداً لازماً " (٣) .

(٩١) القراض عند أهل المدينة هو المضاربة عند أهل العراق وهو باب منفرد بحكمه عند الجميع خارج عن الإجازات كما خرجت العرايا عن المزابنة ، والحوالة عن الدين بالدين والمساقاة عن بيع ما لم يخلق وصار كل باب منها نوعاً منفرداً بحكمه أصلاً في نفسه (٤) .

(٩٢) قال في المضاربة : " الوضيعة على رب المال والربح على ما اصطالحوا عليه ، ولا أعلم فيه خلافاً إلا أن يشترط رب المال على العامل الضمان " (٥) .

(٩٣) وكذلك أجمعوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصفاً كان أو أقل وأكثر (٦) .

(٩٤) والقراض مأخوذ من الإجماع الذي لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم .

(١) التمهيد جـ ٦ ص ٢٦٤ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٥٦ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٩٠ ، الوجيز ص ١٨٤ ، المغني جـ ٥ ص ٢٢٧ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٣٢ .

(٢) التمهيد جـ ٣ ص ٤٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣٥٦ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٢٢ ، العدة ص ٢١٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٢٩ .

(٣) الاستدكار جـ ٢ ص ١٤٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٥ الوجيز ص ١٨٢ ، المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

(٤) الكافي ص ٣٨٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٥ الوجيز ص ١٨٢ ، المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

(٥) الاستدكار جـ ٢ ص ١٢٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٨ ، المجموع شرح المذهب جـ ١٥ ص ١٣٨ ، المغني جـ ٥ ص ١٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

(٦) الاستدكار جـ ٢ ص ١٢٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٨ ، المجموع شرح المذهب جـ ١٥ ص ١٣٨ ، المغني جـ ٥ ص ١٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

وأصل هذا الباب إجماع العلماء على أن المضاربة سنة معمول بها مسنونة قائمة (١) .

(٩٥) قال : " لا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن لا ضمان عليه فيما يتلقاه من المال من غير جناية منه فيه ، ولا استهلاك له ، ولا تضييع هذه سبيل الأمانة وسبيل الأمناء (٢) .

(٩٦) وأما لو قال العامل : هلك بعد ذلك كان مصدقاً عند الجميع إلا أن يتبين كذبه (٣) .

(٩٧) قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً واشترط عليه ألا يبتاع به إلا نخلاً أو دواب لأجل أنه يطلب ثمن النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها قال مالك لا يجوز هذا ، وليس هذا من سنة المسلمين في القراض إلا أن يشتري ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع قال أبو عمر هذا قول سائر الفقهاء (٤) .

(٩٨) ولا يجوز عند جميعهم أن يقول : "بع عبدك الذي لك أن تبيعه به ثمناً لسعي هذه لأن ذلك مجهول وجائز عندهم أن يقول : اشتري بدراهمك هذه عبداً بعينه ، فذلك جاز القراض بالعين ولم يجز بالعروض (٥) .

(٩٩) لو قال العامل ربحت في المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع إليه ماله وربحه ، فقال : ما ربحته فيه شيئاً وما قلت ذلك إلا لأن تقره في يدي : فذلك لا ينفعه ويؤخذ بما أقر به إلا أن يأتي بأمر

(١) الاستذكار جـ ٢١ ص ١١٩ ، ١٢١ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٨ ، المجموع شرح المذهب جـ ١٥ ص ١٣٨ ، المغني جـ ٥ ص ١٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٢٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٨ ، المجموع شرح المذهب جـ ١٥ ص ١٣٨ ، المغني جـ ٥ ص ١٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

(٣) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٢ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٨ ، المجموع شرح المذهب جـ ١٥ ص ١٣٨ ، المغني جـ ٥ ص ١٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ .

(٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٥٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٦ ، المجموع جـ ١٥ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٥ ص ٣٥ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٨ .

(٥) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٣٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٦ ، المجموع جـ ١٥ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٥ ص ٣٥ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٨ .

يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك : قال أبو عمر : وهذا أيضاً لا خلاف فيه ^(١) .

(١٠٠) قال : الأصل في القراض أنه لا يجوز للعامل فيه أن يأخذ شيئاً من ربحه إلا بعد حضور رأس المال عند صاحبه أو بحضرته ، ولا يجوز عند الجميع أن يكون أحد مقاسماً لنفسه عن نفسه ولا أخرى عنها ومعطياً لها ^(٢) .

(١٠١) قال مالك : في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فأخبره أنه قد اجتمع عنده ، وسأله أن يكتبه عليه سلفاً قال : لا أحب ذلك حتى يقبض منه مال ، ثم يسلفه إياه إن شاء أو يمسكه ، وإنما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه ، فهو يجب أن يؤخره عنه ، على أن يزيد فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح ، وسائر أهل العلم على كراهة ذلك وهو غير جائز عندهم ^(٣) .

(١٠٢) هذا الباب ليس فيه اختلاف والأصل المجتمع عليه أن المال القراض لم يُعطه ليهبه ولا ليتصدق به ، ولا ليتلفه ، وإنما أعطيه ليثمره ويطلب فيه الربح والنماء ، ولا يعرضه للهلاك والتوى ، وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء ^(٤) .

(١٠٣) قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فاستلف منه المدفوع إليه المال مالاً واشترى به سلعة لنفسه : إن صاحب المال بالخيار إن شاء شركه في السلعة على قراضها وإن شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى ، ثم

(١) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٦ ، المجموع جـ ١٥ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٥ ص ٣٥ ، المغلي جـ ٨ ص ٢٤٨ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٨٢ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٦ ، المجموع جـ ١٥ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٥ ص ٣٥ ، المغلي جـ ٨ ص ٢٤٨ .

(٣) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٨٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٧ ، المجموع جـ ٥ ص ١٤٥ ، العدة ص ٢١٥ ، المغلي ص ٢٤٧ .

(٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٧٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٧ ، المجموع جـ ٥ ص ١٤٥ ، العدة ص ٢١٥ ، المغلي ص ٢٤٧ .

قال : فصاحب المال يخير على قول مالك ولا مخالف علمته له فيه ، لأنه مال قد قبض على أن يعمل به قراضاً ^(١) .

(١٠٤) قال مالك في رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه : إنه ضامن للمال ، إن نقص فعليه النقصان ، وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما يقر من المال ، قال أبو عمر : لا أعلم خلافاً في هذا ^(٢) .

(١٠٥) قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فاشترى به متاعاً ، فحمله إلى بلد للتجارة فبار عليه ، وخاف النقصان إن ابتاعه فتكاري عليه إلى بلد آخر فباع بنقصان ، فاغترف من الكراء أصل المال كله ، قال مالك : إن كان فيما باع وفاء للكراء فسيبيله ذلك وإن بقي الكراء شيء بعد أصل المال كان على العامل ، ولم يكن على رب المال منه شيء يتبع به ، وذلك أن رب المال إنما أمره بالتجارة في ماله فليس للمقارض أن يتبعه ^(٣) .

(١٠٦) ولا خلاف بينهم في أن القراض جائز بالعين من الذهب والورق ^(٤) .

(١٠٧) قال : قول مالك أعدل الأقوال ، لأنه إذا قصر العامل على ما لا يوجد إلا نادراً غباً فقد حال بينه وبين التصرف ، وهذا عند الجميع

(١) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٦٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٧ ، المجموع جـ ٥ ص ١٤٥ ، العدة ص ٢١٥ ، المحلى ص ٢٤٧ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٦٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨ ، الوجيز ص ١٨٢ ، المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٣) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٥٧ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨ ، الوجيز ص ١٨٢ ، المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٥٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨ ، الوجيز ص ١٨٢ ، المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

فساد في عقد المضاربة وإذا أطلعته على صنف موجود لا يعدم فلم
يحل بينه وبين التصرف (١).

(١٠٨) القراض بالمجهول لا يجوز عند جميعهم وكذلك لا يجوز عندهم
أن يؤخذ الربح إلا بعد حضور رأس المال (٢).

(١٠٩) واختلفوا في أن عمل الذي عليه الدين بما عليه قراضاً بعد اتفاقهم
أنه لا يصلح القراض في ذلك (٣).

(١١٠) قال مالك : لا بأس بأن يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه
على وجه المعروف إذا صح ذلك منهما ، قال أبو عمر : هذا إذا
كان على غير شرط في عقد القراض فإن اشترطه فسد عند جميعهم
والعمل الخفيف بغير شرط قال مالك ولا يختلفون في أنه لا بأس
به (٤).

(١١١) نحر النبي ﷺ بعض هديه بيده ونحر على الباقي أن هذا أمر
جائز لا خلاف بين العلماء في إجازته ، هذا إذا أذن له صاحب
الهدى (٥).

(١١٢) ومن أرسل الوديعة ، وعرضها للضياع ضمنها بإجماع (٦).

(١١٣) قال تعليقاً على خلاف العلماء في ضمان العارية وتعليقاً على
حديث [والعارية مؤداه] الذي استدل به بعض من قال العارية أمانة

(١) لا يذكر جـ ٢١ ص ١٤٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٦٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨ ، الوجيز ص ١٨٢ ،
المغني جـ ٥ ص ٣٩ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٢) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٣٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٥ ، المجموع
جـ ١٥ ص ١٣٠ ، العدة ص ٢١٤ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٣) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٣٢ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٥ ، المجموع
جـ ١٥ ص ١٣٠ ، العدة ص ٢١٤ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ١٢٨ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٥ ، المجموع
جـ ١٥ ص ١٣٠ ، العدة ص ٢١٤ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٥) التمهيد جـ ٢ ص ١٠٧ الاختيار جـ ٢ ص ٢١٦ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠١ ، الوجيز ص ١٥٤ ، العدة
ص ٢١٢ ، مراتب الإجماع ص ٦١ .

(٦) التمهيد جـ ٣ ص ١٢٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣١٠ ، مراتب الإجماع ص ٦١ ،
الوجيز ص ٢٣٢ ، العدة ص ٢٢٥ .

لا تضمن لأنه ﷺ [مؤاده] ، والله يقول : ﴿ إِنْ أَلَّهَ بِأَمْرِكُمْ أَنْ
تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ، قال أبو عمر قوله مؤداه يحتمل أنها
إذا وجدت قائمة العين وهذا ما لا يختلف فيه (١) .

(١١٥) وقد أجمعوا أن ليس الرهن وظهره للراهن ، ولا يخلوا احتلاب
المرتهن له بغير إذن الراهن وفي حديث ابن عمر لا يحتلب أحد
ماشية أحد وإن كان بإذنه ففي الأصول المجتمع عليها في تحريم
المجهول والغرر وبيع ما ليس عندك وبيع ما لم يخلق ما يردده أيضاً
[الرهن مركوب ومحبوب] (٢) .

(١١٦) وأجمع أهل العلم على أن السبق لا يجوز على وجه الرهان إلا
في الخف والحافر والنصل (٣) .

(١١٧) قول مالك : فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئاً فأحب أن يردده
ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك
له . مخالفة الشافعي وغيره : فقالوا ليس له أن يردده وإنما له أخذ ما
بقي من سلعته لا غير ذلك لإجماعهم على أنه لو قبض ثمنها كله لم
يكن له إليها سبيل (٤) .

(١١٨) قال ودفن الجاهلية لأموالهم عند جماعة العلماء ركاز لا يختلفون
فيه إذا كان دفنه قبل الإسلام من الأمور العادية (٥) .

(١١٩) قال : ولا خلاف أن الملتفظ أمين لاضمان عليه إلا بما تضمن به
الأمانات من التعدى والتضييع والاستهلاك (٦) .

(١) التمهيد جـ ١٢ ص ٤٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٣١٩٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣١٣ ، الوجيز ص ١٦٦ ،
الروض المربع ص ٣١١ ، مراتب الإجماع ص ٩٤ .

(٢) التمهيد جـ ١٤ ص ٢١٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٨٢ ، الشرح الصغير جـ ٢ ص ١٢٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص
١٢١ ، العدة ص ٢٠٧ ، المغلي جـ ٨ ص ٨٧ .

(٣) التمهيد جـ ١٤ ص ٨٨ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣١٤ ، الوجيز ص ٤١٨ ، الثمر الداني ص ٥٢٢ ،
مراتب الإجماع ص ١٥٧ ، العدة ص ٢٢٢ .

(٤) الاستذكار جـ ٢١ ص ٣٣ ، الاختيار جـ ٢ ص ٨ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٦٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص
٤٥ ، العدة ص ١٩٠ ، مراتب الإجماع ص ٨٣ .

(٥) التمهيد جـ ٧ ص ٣١ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠٤ ، الوجيز ص ٢٠٥ ، العدة
ص ٢٢٠ ، مراتب الإجماع ص ٥٩ .

(١٢٠) فما أجمعوا عليه أن عفاص اللقطة وهى الخرقة المربوط فيها الشيء الملتقط ، وكل ما سد به فم الإناء فهو عفاص (١) .

(١٢١) وأجمعوا أن الوالد لا يعتصر الفرغ إذا وهبه لابنه فوطئه ولا خلاف أعلمه (٢) .

(١٢٢) ولا أعلم أحد قال : أن الولد يعتصر أيضاً ما وهب لوالده (٣) .

(١٢٣) إجماع العلماء على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده فإذا جاز أن يخرج جميع ولده عن ماله جاز له أن يخرج عن ذلك بعضهم (٤) .

(١٢٤) وقد أجمعوا أنه إذا تصدق على ابن له صغير بدين له على رجل ثم اقتضاه أنه للابن وأن ذلك بمنزله العبد يتصدق به على ابن له صغير ثم يبيعه فالثلث للابن (٥) .

(١٢٥) فى حديث أنس وتبرع أبى طلحة بحديقته ببرحاء فى تفسير روايه فقسمها النبى ﷺ فى أقاربه وبنى عمه فأضاف القسمة للرسول ، وأما قوله فى أقاربه وبنى عمه فمعلوم أنه أراد أقارب أبى طلحة وبنى عمه ، وذلك محفوظ عند العلماء لا يختلفون فى ذلك (٦) .

(٦) الاستذكار جـ ٢٢ ص ٣٤٢ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠٤ ، الوجيز ص ٢٠٥ ، العدة ص ٢٢٠ ، مراتب الإجماع ص ٥٩ .

(١) الاستذكار جـ ٢٢ ص ٣٢٩ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٨٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٠٤ ، الوجيز ص ٢٠٥ ، العدة ص ٢٢٠ ، مراتب الإجماع ص ٥٩ .

(٢) التمهيد جـ ٧ ص ٢٤٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٣) التمهيد جـ ٧ ص ٢٤٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٤) التمهيد جـ ٧ ص ٢٣٠ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٥) التمهيد جـ ٧ ص ٢٤٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٦) التمهيد جـ ١ ص ١٩٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(١٢٦) وما أريد به الله فلا رجوع فيه ، وهذا مما أجمع المسلمون عليه^(١).

(١٢٧) أن الهبات لا تتم إلا بالقبض وقد أجمعوا على ثبوت ملك الواهب ، واختلفوا في زواله من جهة الهبة بالقول وحده فهو على أصل ملك الواهب حتى يجمعوا ، ولم يجمعوا إلا مع القبض^(٢) .

(١٢٨) وأجمع الفقهاء أن عطية الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج فيها إلى قبض^(٣) .

(١٢٩) قال أبو عمر : " والشفعة تجب بالبيع لمن أرادها وطلبها ، وأجمعوا أنه ليس للمشترى أن يمتنع من ذلك ولا البائع بالإقاله لا نقطعها عن جعلها بيعاً مستأنفاً وعن جعلها فسخ بيع لأن في فسخه للبيع فسخاً للشفعة والشفعة واجبة بالسنة " ^(٤) .

(١٣٠) ولا أعلم خلافاً بين الفقهاء وأنه إذا كان الخيار للبائع أن الشفعة لا تجب للشفيع حتى تنقضي أيام الخيار ويصير الشقص إلى المشتري^(٥).

(١٣١) وإذا قال الرجل لعبده : أنت حر ، أو أنت عتيق ، أو أنت محرر عتق عليه أو خاطب العبد في ذلك^(٦) .

(١٣٢) وقد أجمع المسلمون على أن عتق النصراني أو اليهودي لعبده المسلم صحيح نافذ جائز عليه^(٧) .

(١) التمهيد جـ ١ ص ٢٠٥ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٢) التمهيد جـ ٧ ص ٢٤٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٣) التمهيد جـ ٧ ص ٢٤١ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٩٦ ، العدة ص ٢٤١ ، مراتب الإجماع ص ٩٥ .

(٤) الاستذكار جـ ٢ ص ٢٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٥ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٥٤ ، الوجيز ص ١٧٥ ، العدة ص ٢٣٣ ، مراتب الإجماع ص ٩٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٨٨ .

(٥) الاستذكار جـ ٢١ ص ٣٠١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٠ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٥٥ ، الوجيز ص ١٨٠ ، العدة ص ٢٣٣ ، مراتب الإجماع ص ٩١ .

(٦) الكافي ص ٥١٠ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٦ ، الوجيز ٤٦٢ ، العدة ص ٢٩٤ ، مراتب الإجماع ص ١٦٢ .

(١٣٣) وقد أجمع العلماء على جواز عتق الكافر تطوعاً فالمسلم المذنب أولى بذلك (١) .

(١٣٤) ولا يختلفون أن عتق المذنب ذى الكبيرة جائز وأن ذنوبه لا تنقص من أجر معتقيه (٢) .

(١٣٥) ولم يختلفوا فى الذمى يعتق الذمى ، ثم يسلم أحدهما قبل صاحبه ثم يسلم الآخر أنه يرث منهما السيد مولاه الذى أنعم عليه بالعتق فإن لم يسلم المعتق وكان له ولد مسلم ورثه الابن المسلم ، وعد أبوه كالميت فى الميراث ما دام كافراً كما رسمه مالك رحمه الله (٣) .

(١٣٦) وأجمعوا أنه إذا أسلم عبد الكافر فبيع عليه أن ثمنه يدفع إليه (٤) .

(١٣٧) لأنها كانت - أي بريرة - ذات زوج لا خلاف فيه (٥) .

(١٣٨) أجمعوا أن العيب الخفيف فى الرقاب الواجبة بجزئ نحو الحول ونقصان الضرس والظفر وأثر كى النار، والجرح الذى قد برئ وذلك كله يرد به العيب إذا نقص من الثمن ، فدل ذلك على أنه ليس المعتبر فى الرقاب السلامة من جميع العيوب (٦) .

(٧) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٢٢٧ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٦ ، الوجيز ٤٦٢ ، العدة ص ٢٩٤ ، مراتب الإجماع ص ١٦٢ .

(١) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٦ ، الوجيز ٤٦٢ ، العدة ص ٢٩٤ ، مراتب الإجماع ص ١٦٢ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٦ ، الوجيز ٤٦٢ ، العدة ص ٢٩٤ ، مراتب الإجماع ص ١٦٢ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٢٢٧ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٦ ، الوجيز ٤٦٢ ، العدة ص ٢٩٤ ، مراتب الإجماع ص ١٦٢ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٢٢٧ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٧١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٩١ ، العدة ص ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٩٢ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٧١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٩١ ، العدة ص ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

(٦) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٨٢ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٧١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٩١ ، العدة ص ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

(١٣٩) سئل أبو هريرة الرجل عليه رقبة هل يعتق منها ابن زنا ؟ قال نعم، وروى ذلك عن فضالة بن عبيد الأنصاري قال أبو عمر إلى هذا جماعة أئمة الفتوى بالأمصار (١) .

(١٤٠) قال ﷺ [من أعتق شركاله في عبده فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق] ومن لم يقل [فكان له مال يبلغ ثمن العبد] فقد قصد ولم يقم الحديث ، لأنه لاخلاف بين العلماء أنه لا يقوم نصيب الشريك الذي لم يعتق على الذي أعتق إلا أن يكون له من المال ما لم يبلغ ثمن حصة شريكه الذي لم يعتق (٢) .

(١٤١) وقد أجمع المسلمون على منع بيع أم الولد ، ما دامت حاملاً من سيدها (٣) .

(١٤٢) قال ابن عمر : ولد أم الولد بمنزلتها ولا أعلم له من الصحابة مخالفاً (٤) .

(١٤٣) لم يختلفوا أنه إذا قال : إن قدمت من سفرى أو مت من مرضى ، فأنت حر فليس بمدير (٥) .

(١٤٤) قال لا خلاف بين العلماء فيما علمت أن الوصية ليست كالتدبير (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٧٥ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٧١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٩١ ، العدة ص ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١١٨ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٧١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٩١ ، العدة ص ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

(٣) التمهيد جـ ٣ ص ١٣٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٦٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٧٦ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٦) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٧٥ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(١٤٥) قال مالك في مدبر كاتب سيده فمات السيد ولم يترك مالا غيره قال يُعتق منه ثلثه ويوضع عنه ثلث كتابته ويكون عليه ثلثاها ، قال أبو عمر : " هذا صحيح في قوله ولا خلاف في ذلك بين العلماء القائلين بأن المكاتب عبد ما بقى عليه شيء من كتابته " (١) .

(١٤٦) لا يختلفون فيما علمت أنه يشتري المدبر نفسه من سيده لأنه يعتق على مال يأخذه منه وعلى غير مال (٢) .

(١٤٧) قال مالك لا يجوز بيع خدمة المدبر ، لأنه غرر ، إذ لا يُدري كم يعيش سيده فذلك غرر لا يصلح ، وهذا أيضاً ما لا خلاف فيه أنه لا يجوز لأنه من بيوع الغرر كما أنه لا خلاف أن السيد المدبر يواجهه أياماً معلومة أو مدة يجوز في مثلها استئجار الحر بالعبد (٣) .

(١٤٨) من يقول لعبده أنت حر وعليك ألف درهم وعن الاختلاف فيها قال ابن القاسم : " إن رضى العبد بذلك ، لزمه المال ، وإن لم يرض فهو حر الساعة ولا شيء عليه قال أبو عمر : قول ابن القاسم صحيح ، لأنه قوله أنت حر لا مرجع له فيه جاداً أو لا عباً وقوله وعليك من المال كذلك إثبات مال في ذمة حر بغير رضاه وبغير عوض عليه طلبه واشتراه ولا يجوز ذلك بإجماع في ذمة حر (٤) .

(١٤٩) قال : وأجمعوا أن الموصى بعنقها لا يدخل ولدها في الوصية إن لم يوص بهم " (٥) .

(١) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٧٩ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٨٩ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٩٠ ، الاختيار جـ ٢ ص ٢٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥٠٩ ، العدة ص ٢٩٦ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٢١٧ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩١ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٥ ، العدة جـ ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٦٢ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩١ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٥ ، العدة جـ ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(١٥٠) إجماع الأمة أن لسيده أن ينتزع منه ما بيده من المال من كسبه ومن غير كسبه (١) .

(١٥١) قال : من جعلهم بمنزلة أمهم ، فإنهم على ما أجمعوا عليه في أولاد الحرية أنهم أحرار وفي أولاد الأمة أنهم عبيد ، ومن قال إنهم عبيد قد أجمعوا على أنه لو قال لأمته إذا دخلت الدار بعد سنة ، فأنت حرة فدخلت الدار أن ولدها لا يعتقون بدخولها (٢) .

(١٥٢) أولاد المكاتب ليسوا بمال بيده ولا ملك له ، وإنما هم عبيد سيده ، فلا يدخلون في الكتابة إلا بالشرط ، وهذا لا أعلم فيه خلافاً (٣) .

(١٥٣) قال قتادة : إن ولد للمكاتب ولد بعد الكتابة ، فأعتق أو مات لم يحط بذلك شيء ، وفي المكاتب يولد بها في كتابتها مثل ذلك قال أبو عمر : لا يختلفون في ذلك (٤) .

(١٥٤) أن المدين حر في أفعاله وإن كان الدين محيط بماله ، واحتج المزني لهذا الرأي ، بالإجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبها ، ولا يرد شيء أنفقه من مال فيما شاء حتى يضرب الحاكم علي يده ويحجر عليه (٥) .

(١٥٥) قال : لا أعلم خلافاً أن الغلام ما لم يحتلم لا يجوز عتقه إذا كان ذلك في صحته ، ولم تكن وصية منه وكذلك المحجور المولى عليه

(١) الاستدكار جـ ١٩ ص ٢٣ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩١ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٥ ، العدة جـ ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٦١ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩١ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٥ ، العدة جـ ٢٩٥ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٢٦٠ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٤ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٦ ، العدة ص ٢٩٩ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣١٤ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٤ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٦ ، العدة ص ٢٩٩ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٣ ص ١٦٢ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٤ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٦ ، العدة ص ٢٩٩ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

ولا يجوز عتقه لشيء من ماله وفيقة عندهم ، إلا أن مالكا وأكثر أصحابه أجازوا عتق أم ولده (١) .

(١٥٦) قال وكذلك أجمعوا أن له - المكاتب أن ينفق على نفسه من كسبه في كل ما يحتاج إليه من كسوته وقوته بالمعروف وأنه في تصرفه في البيع والشراء بغير محاباة ولا غبن كالأحرار (٢) .

(١٥٧) وقد أجمعوا في ذلك أن المكاتب إن قال لعبده إن جئتني بكذا وكذا دنياراً إلى أجل كذا فلم يجبه بها ، أنه لا يلزمه شيء (٣) .

(١٥٨) قول بريرة : في كل عام أوقية فضة دليل على أن المكاتب تكون النجم وهذا جائز عند الجميع وأقل الأنجم ثلاثة ، واختلفوا إذا كاتب على نجم واحد فأكثر ألهم العلم يحبذونها (٤) .

(١٥٩) قال : لا أعلم خلافاً ، أن السيد إذا أعتق أحدهم إن أسقط حصته عن غيره منهم ، وليس عند مالك أن يعتق الذي هو أقدر على السعي بهم لأنه ضرر بهم (٥) .

(١٦٠) عن وطء المكاتب والخلاف فيه وأجمعوا أنه إذا عجزت ، حل له وطؤها (٦) .

(١) الاستدكار جـ ٢٣ ص ١٦٤ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٤ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٦ ، العدة ص ٢٩٩ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٤٥ ، الاختيار جـ ٣ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٤ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٦ ، العدة ص ٢٩٩ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣٠١ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩٢ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦١ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٢٩٨ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٣ ص ١٩٦ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩٢ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦١ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٢٩٨ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٣١٣ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩٢ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦١ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٢٩٨ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٦) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٢٦٤ ، الاختيار جـ ٣ ص ١٩٢ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٦١ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٢٩٨ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(١٦١) أجمع علماء المسلمين بأن ولد الحر من سريته تبع له ، لألأمه وأنه حر مثله (١) .

(١٦٢) وأجمعوا أن ولد المكاتب من سريته بمنزلته ، وأن ولد الحر من سريته حر مثله وأن ولد العبد من سريته عبد مثله عند من أجاز له التسري وعند من لم يجزه .

وإجماعهم على هذا يقضى على أن ولد كل أحد من سريته بمنزلته (٢) .

(١٦٣) قال : ولم يختلفوا في مكاتب أو مكاتبة كاتبت على بنيتها فأدت جميع الكتابة عنها وعنهم ، أو أدى الكتابة عنهم ، أنه لا يرجع من أداها منهم بشئ على غيره لأنه لا يرجع على من يعتق عليه (٣) .

(١٦٤) استحب مالك أن يوضع عن المكاتب شئ في آخر كتابته تبرعاً كالربع مثلاً وأوجب الشافعي وقول مالك أصح ، لأن الواجب لا يكون معلوماً ولأنه قد أجمعوا أن الكتابة لا تكون إلا على شئ معلوم ، فلو أن الوضع منها يكون واجباً مجهولاً ، لآل ذلك إلى جهل مبلغ الكتابة (٤) .

(١٦٥) عن الخلاف في مكاتبة العبد هل هي للوجوب أو الندب رجع أنها للندب : قد ينعقد الإجماع بأنه لو سأله أن يبيعه من غيره لم يلزمه ذلك ، وكذلك مكاتبته ، لأنه لا يبيع من نفسه ، وكذلك لو قال له

(١) الاستذكار ج٣ ص ٢٣ ، الاختيار ج٣ ص ١٩٢ ، الشرح الصغير ج٤ ص ١٦١ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٢٩٨ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٢) الاستذكار ج٣ ص ٢٣ ، الاختيار ج٣ ص ١٩٢ ، الشرح الصغير ج٤ ص ١٦١ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٢٩٨ ، مراتب الإجماع ص ١٦٥ .

(٣) الاستذكار ج٣ ص ٢٣ ، الاختيار ج٣ ص ١٩٢ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٧٥ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٣٠٠ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٤) الاستذكار ج٢ ص ٢٢ ، الاختيار ج٣ ص ١٩٢ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٧٥ ، الوجيز ص ٤٧٠ ، العدة ص ٣٠٠ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

اعتقني أو : دبرني أو زوجني ، لم يلزمه ذلك بإجماع فذلك الكتابة
لأنهما معاوضة لا تصح إلا عن تراض^(١) .

(١٦٦) قال : ولم يختلفوا في المكاتب يقاطعه أحد سيديه ثم يعجز قيل
للذي قاطعه : إن شئت أن يرد على صاحبك نصف الذي أخذت
ويكون العبد بينكما شطرين وإن أبيت ، فجميع العبد للذي تمسك
بالرق خالصاً ، هذا إذا قاطعه الشريك بإذن شريكه^(٢) .

(١٦٦) قال : لم يختلفوا أن المكاتب ليس له أن يهلك ماله ويتلفه ، ولا
شيئاً منه إلا بمعروف ، وأن هبته وصدقته بغير التافه اليسير وعتقه
كل ذلك باطل ، مردود إذا كان بغير إذن سيده^(٣) .

(١) الاستذكار ج٢٣ ص ٢٥٢ ، الاختيار ج٣ ص ١٩٢ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٧٥ ، الوجيز ص ٤٧٠ ،
العدة ص ٣٠٠ ، مراتب الإجماع ص ١٦٤ .

(٢) الاستذكار ج٢٣ ص ٢٨٣ ، الاختيار ج٣ ص ٢٨ ، الشرح الصغير ج٤ ص ١٦١ ، مغني المحتاج ج٤
ص ٥١٥ ، العدة ص ٣٠١ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

(٣) الاستذكار ج٢٣ ص ٢٤٥ ، الاختيار ج٣ ص ٢٨ ، الشرح الصغير ج٤ ص ١٦١ ، مغني المحتاج ج٤
ص ٥١٥ ، العدة ص ٣٠١ ، مراتب الإجماع ص ١٦٣ .

"المواريث والوصايا"

- (١) وأجمعوا أن الميراث بالدين لا يكون إلا عند عدم النسب (١).
- (٢) ومنه قال إنها ترثه بعد العدة - المبتوتة - ما لم تنكح اعتبر إجماع المسلمين أن امرأة لا ترث زوجين معاً في حال واحدة ، فاستحال عنده أن ترثه وهي امرأة لغيره ، لأنه خلاف الأصول المجتمع عليها (٢).
- (٣) قول مالك : "إذا توفى الأب أو الأم وتركوا ولداً رجلاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثاً ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف فإن شركهم أحد بفريضة مسماه وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقي بعد ذلك بينهم على قدر مواريتهم فكما ذكر لا خلاف في شئ من ذلك بين العلماء إذا كانوا أحراراً مسلمين ولم يقتل واحداً منهم أباه وأمه عمداً (٣).
- (٤) قال : " وكذلك أجمعوا أن لا يشترك بين بني الأب وبني الأم ، لأنه لا قرابة بينهم ولا نسب يجمعهم من جهة الأم التي ورث بها بنوا الأم ؟ واختلفوا فيما يفضل عن الأخت الشقيقة أو الأختين أو الأخوات هل يدخل فيها الأخوة للآب مع أختين أو مع أخواتهن أو لا ؟ (٤).
- (٥) إن ترك المتوفي ابن وأب أخذ الأب السدس فإن لم يكن ابن ذكر بدئ بصاحب الفرض وأخذ الأب تعصيباً بحيث لا يقل عن السدس ، وإن انفرد أخذ المال كله وإن عالت أخذ السدس عائلاً فإن ترك أباً
-
- (١) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٥٦ ، أحكام القرآن ص ١٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٧ ، العدة ص ٢٦٠ ، المغلي جـ ٩ ص ٢٥٣ .
- (٢) الاستدكار جـ ١٧ ص ٢٦٧ ، أحكام القرآن ص ١٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٧ ، العدة ص ٢٦٠ ، المغلي جـ ٩ ص ٢٥٣ .
- (٣) الاستدكار جـ ١٥ ص ٣٨٩ ، أحكام القرآن ص ١٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٧ ، العدة ص ٢٦٠ ، المغلي جـ ٩ ص ٢٥٣ .
- (٤) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٢٧ ، أحكام القرآن ص ١٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٧ ، العدة ص ٢٦٠ ، المغلي جـ ٩ ص ٢٥٣ .

وأما فقط فالأمة الثالث وباقي ماله لأبيه وهذا كله إجماع من العلماء
واتفاق من أصحاب الفرائض والفقهاء (١) .

(٦) بأن قول من قال بعدم تشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم إذا لم
يبق لهم شيء لأنهم عصبية يأخذون ما بقي حجتهم قول الجميع في
زوج ، أم ، أخ لأم ، عشرة أخوة أشقاء فيصيب كل واحد من
العشرة أقل من نصيب الأخ لأم ولم يستحقوا بمساواتهم الأخ لأم
في قرابة الأم أن يساوه في الميراث وكذلك لا ينبغي أن يكون
الحكم في مسألة مشتركة " (٢) .

(٧) قال : " على هذا استقر مذهب الفقهاء وجماعة العلماء على أن لابنة
الابن مع الابنة لصلب السدس تكملة للتأخين على حديث ابن مسعود ،
والشيعية في هذا المذهب مسألة على أحوالهم في أن لا تراث ابنة
الابن شيئاً مع الابنة ورأينا أن ننزه كتابنا عن مذاهبهم في
الفرائض (٣) .

(٨) ما ذكره إجماع أيضاً من علماء المسلمين في أن بني البنين يقومون
مقام ولد الصلب عند عدم ولد الصلب يرثون كما يرثون ويحبون
كما يحبون الأنثى .

وروى عن مجاهد : " ولد الابن لا يحبون الزوج ولا الزوجة
ولا الأم ولا أعلم أحداً تابعه على ذلك ، ومن شذ عن الجماعة فهو
محجوج بها يلزمه الرجوع إليها (٤) .

(١) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٠٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤١ ، مغني المحتاج
جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٣ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٢) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤١ ، مغني المحتاج
جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٣ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٣) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٠٠ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤١ ، مغني المحتاج
جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٣ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٤) الاستدكار جـ ١٥ ص ٣٩٤ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ١١١ الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٩ الوجيز ص
٢١٤ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٥ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٩) قال أثناء شرحه لقاعدة اليقين لا يزول بالشك ولا خلاف علمته بين علماء أهل المدينة وسائر فقهاء الأمصار أن أحداً لا يرث أحداً بالشك في حياته وموته (١).

(١٠) عن قاعدة اليقين لا يزول بالشك ولا خلاف علمته بين أهل المدينة وسائر فقهاء الأمصار أنه لا يرث أحدٌ أحداً بالشك في حياته وموته (٢).

(١١) قال : مضى ما للعلماء في ميراث المسلم من الكافر ، والولاء والنسب في ذلك سواء ، ومن لا يرث بالنسب فما لولاء أحدٍ إلا أن يرث وهذا ما لا خلاف فيه (٣).

(١٢) بعد أن ذكر الخلاف في توريث ولد اللعان ومن هم عصبة ثم قال : " وأجمعوا في توءمي الزانية أنهما يتوارثان على أنهما لأم . واختلفوا في توءمي الملاحنة " (٤).

(١٣) الرجل من زوجته النصف إن لم تكن تركت ولداً والربع إن تركت ولداً ، وللزوجة الربع إن لم يترك ولداً ، والثلث إن ترك ولداً "لأية".

قال : هذا إجماع من علماء المسلمين لا خلاف بينهم فيه وهو الحكم الذي ثبتت حجته ووجب العمل به والتسليم له وما فيه التنازع والاختلاف وجب العمل به بما قام الدليل عليه لكل مجتهد وقام العذر فيه لمن مال إلى وجه منه ، لأنه هو الأولى عنده ،

(١) التمهيد جـ ٥ ص ٢٨ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ١١١ الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٩ الوجيز ص ٢١٤ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٥ ، ائحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٤ ص ٣٥٣ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ١١١ الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٩ الوجيز ص ٢١٤ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٥ ، ائحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٣) الاستذكار جـ ١٥ ص ٥٠٣ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ١١١ الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٩ الوجيز ص ٢١٤ ، المغني جـ ٦ ص ١٦٥ ، ائحلى جـ ٩ ص ٢٥٥ .

(٤) التمهيد جـ ١٥ ص ٤٨ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها ، الوجيز ص ٢١٥ جـ ٩ ص ٣٢ ، المغني جـ ٦ ص ٢٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٧ .

ووجب على العامة تقليد علماءها فيما اجتهدوا فيه ووسعهم العمل به (١) .

(١٤) عن حجة من ورث الأخ مع الجد أن الأخ أقرب وقد أجمعوا أن ابن الأخ يقدم على العم وهو يدل بالأخ والعم يدل بالجد ، فدل هذا كله على أن الجد ليس بأولى من الأخ (٢) .

(١٥) قال : وهكذا سبيل العصبات من الإخوة بينهم وكذلك الأعمام وبنوهم الأقرب يحجب الأبعد فإذا استوتوا حجب الشقيق من كان لأب خاصة لأنه قد أدلى بأم زاد بها قربي في القرابة وهذا إجماع من علماء المسلمين لا خلاف بينهم في ذلك ، وإن كان أحد بني العم أخاً لأم فإن العلماء قد اختلفوا (٣) .

(١٦) قال : ولا خلاف أيضاً بين العلماء أن الأخوة الأشقاء والذين للأب يحجبون الأعمام من كانوا لأن الأخوة بنوا أب المتوفى . والأعمام بنو جده فهم أقرب من الأعمام إلى الميت (٤) .

(١٧) قال : لا خلاف علمته بين علماء السلف والخلف من المسلمين أن الإخوة للأب والأم يحجبون الأخوة للأب عن الميراث ، وقد روى بذلك حديث حسن في رواية الأحاد العدول .

قال ما رسمه مالك في هذا الباب من حجه الأخوة للأب بالإخوة للأب والأم إجماع من العلماء كلهم يحجب الأخ للأب عن الميراث للأخ الشقيق (٥) .

(١) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٠٢ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها ، الوجيز ص ٢١٥ جـ ٩ ص ٣٢ ، المغني جـ ٦ ص ٢٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٧ .

(٢) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٣٩ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها ، الوجيز ص ٢١٥ جـ ٩ ص ٣٢ ، المغني جـ ٦ ص ٢٢٨ ، مراتب الإجماع ص ٩٧ .

(٣) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٧٧ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٢ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٤) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤٧٨ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٢ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٥) الاستذكار جـ ١٥ ص ٤١٥ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٢ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(١٨) قال : وعليه جمهور العلماء بالحجاز والعراق وأتباعهم كلهم يقولون في الأخوات إذا اجتمعن في الميراث مع البنات فهن عصبه لهن يأخذن ما فصل للبنات والحجة لهم السنة عن النبي ﷺ في ابنة ، وابنه وابن ، وأخت ومن جهة القياس والنظر أن جمهور العلماء الذين هم الحجة على من شذ عنهم قد أجمعوا على توريث الأخوة من البنات ولم يدعوا أقرب البنات فذلك الأخوات (١) .

(١٩) قال : عن الآية الأخيرة من سورة النساء : ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ الآية﴾ فلم يخلف علماء المسلمين قديماً وحديثاً أن ميراث الإخوة للأُم ليس هكذا فدل إجماعهم على أن الأخوة المذكورين هنا هم أخوة المتوفي لأبيه وأمه ، ولأبيه فذلت الآيتان جميعاً أن الأخوة كلهم كلاله ؟ وأنهم إذا ورثوا المتوفي فإنه يورث كلاله هذا ما لا خلاف فيه (٢) .

(٢٠) وأما زيادة من زاد في هذا الحديث ولا الكافر المسلم فلا مدخل للقول في ذلك ، لأنه إجماع من المسلمين كافة أن الكافر لا يرث المسلم وهي الحجة القاطعة الرافعة للشبهة (٣) .

(٢١) قال مالك : " لا يرث المسلم الكافر " واقتصر عليها لأن فيها التنازع ولم يقل ولا الكافر المسلم لأن الكافر لا يرث المسلم بإجماع المسلمين على ذلك فلم يحتج إلى هذه اللفظة مالك (٤) .

(٢٢) قال عن قول مالك : " أما قوله في الإخوة للأُم في ذلك فأجمع أنهم لا يرثون عند الجميع مع الجد " (٥) .

(١) الاستدكار جـ ١٥ ص ١٩٩ أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٢ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٢) التمهيد جـ ٥ ص ٢٠٠ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٣) التمهيد جـ ٩ ص ١٦٢ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٤) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٩٠ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٥) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٤٣ ، الاختيار جـ ٤ ص ١٥٨ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٢٣) قال : "وقد أجمعوا وابن عباس معهم في زوج وأم وأخت لأم أو أخوة لأم أن للزوج النصف ولكل واحد من الأخ أو الأخت السدس ولأم السدس فدل على أنهما قد حبا الأم عن الثلث للسدس ولو لم يحباها لعالت الفريضة وهي غير عاتلة عند الجميع (١) .

(٢٤) قال : أتت الجدتان إلى أبي بكر الصديق فإنه عنى أم الأم وأم الأب وهما اللتان أجمع العلماء على توريثهما (٢) .

(٢٥) زيد بن ثابت وحده لم يقل بالرد ، وسائر الصحابة يقولون بالرد إلا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك وأجمعوا أن لا يرد على زوج ولا زوجة إلا شئ روي عن عثمان لا يصح ولعل ذلك الزوج أن يكون عسبة (٣) .

(٢٦) وأجمعوا أن الميراث إنما يستحق بالموت في حينه فكيف يعتق من معه من ورثته بالأداء عنهم في ماله بعد وفاته ؟ (٤) .

(٢٧) وأجمعوا أن الخبر في قوله ﷺ في آية الوصية : ﴿ إِنْ تَوَكَّعْ خَيْرًا ﴾ وكذلك في الإنسان : ﴿ وَإِنَّهُ لَحَبيبُ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾ ، وكذلك عن سليمان : ﴿ إِنِّي أَحْبَبْتُ حُبَّ الْخَيْرِ ﴾ وكذلك شعيب : ﴿ إِنِّي أَرَاكُمْ بِخَيْرٍ ﴾ أي غني (٥) .

(١) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٠٩ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١١ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٦٠ .

(٢) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٤٨ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١١ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٦٠ .

(٣) الاستدكار جـ ١٥ ص ٤٨٩ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١١ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٦٠ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٨ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١١ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٦٠ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٨ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١١١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١١ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٦٠ .

(٢٨) وأجمع العلماء على أن عتق المريض صاحب الفراش الثقيل المريض لعبيده في مرضه إذا مات من مرضه ذلك لا ينفذ منه إلا ما يحتمل ثلث ماله (١) .

(٢٩) وأجمعوا أيضاً أنها إذا ضربها المخاض ، الطلق أنها كالمريض المخوف عليه ، لا ينفذ لها في مالها أكثر من ثلثها (٢) .

(٣٠) وأجمع الجمهور من العلماء الذين هم الحجة على من خالفهم أن هبات المريض وصدقائه وسائر عطاياه إذا كانت حاله ما وصفنا منها غلا ما حمل ثلثه (٣) .

(٣١) قال : وأما الحامل ، فأجمعوا على أن ما دون سنة أشهر من حملها هي فيه كالصحيح في أفعاله وتصرفه في ماله (٤) .

(٣٢) قال : وأجمع العلماء على أن من بلغت منه الجراح إن أنقذت مقاتله أو قدم للقتل في قصاص أو لرجم في زنا أنه لا يجوز له من الفصل في ماله إلا ما يجوز للمريض صاحب الفراش المخوف عليه وكذلك الذي يبرز في التحام الحرب للقتال (٥) .

(٣٣) قال : وقد أجمعوا أنه لو أوصى بشئ ، ومات ، وهو في غير ملكه أن الوصية باطلة (٦) .

(١) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦ ، العدة ص ٢٤٦ ، مراتب الإجماع ص ١١٠ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٥١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦ ، العدة ص ٢٤٦ ، مراتب الإجماع ص ١١٠ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦ ، العدة ص ٢٤٦ ، مراتب الإجماع ص ١١٠ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٥١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦ ، العدة ص ٢٤٦ ، مراتب الإجماع ص ١١٠ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦ ، العدة ص ٢٤٦ ، مراتب الإجماع ص ١١٠ .

(٦) الاستدكار جـ ٢٣ ص ٤٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦ ، العدة ص ٢٤٦ ، مراتب الإجماع ص ١١٠ .

(٣٤) قال : ما ذكره في أن للموصي أن يتعرف فلما أوصى به بالرجوع عنه أو تعديله - غير التدبير هو أمر مجتمع عليه لا خلاف بين العلماء فيه إلا التدبير فإنهم اختلفوا في الرجوع في المدبر ، وفي بيعه ، فكل من رأي بيعه رأي الرجوع فيه لمن شاء^(١) .

(٣٥) قال : لا خلاف بين العلماء أن الولد الغني ذا المال لا يجب له على أبيه نفقة ولا كسوة ولا مؤنة وأن ذلك في ماله^(٢) .

(٣٦) قال عثمان بن عفان : من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يجوز نخله ، فأعلن ذلك وأشهد عليها فهي جائزة وإن وليها أبوه^(٣) .

(٣٧) قال : لا أعلم خلافاً بين الفقهاء وأهل الفتوى بالأمصار وسائر من تقدمهم من العلماء أن الأب يجوز لابنه الصغير ما كان في حجره صغيراً أو كبيراً بالغاً كل ما يهب له ويعطيه ، ويتصدق به علمه من العروض كلها والعقار وكل ما عدا العين ، كما يجوز له ما يعطيه غيره ، وأنه يجزئه في ذلك الإشهاد والإعلان وإذا أشهد فقد أعلن إذا فشا الإشهاد وظهر^(٤) .

(٣٨) قول الله ﷻ : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [سورة النساء: ١١] ، فأجمع العلماء أنه لا يدخل في ذلك ولد البنات^(٥) .

(٣٩) والوصية بالدين فرض عند الجميع إذا لم يكن عليه بينة ، فإذا لم يوصى به كان عاصياً وبعضياته ذلك يحبس عن الجنة^(٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٢٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، المغني جـ ٦ ص ٦٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٦٠ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٩٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، المغني جـ ٦ ص ٦٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٦٠ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٠٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، المغني جـ ٦ ص ٦٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٦٠ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٣ ص ١٠٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٥ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، المغني جـ ٦ ص ٦٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٤٦٠ .

(٥) الكافي ص ٥٤٠ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ١١٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، المغني جـ ٦ ص ١٧٠ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦٠ .

(٦) العمهيد جـ ٢٣ ص ٢٣٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩١ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٢ ، المغني جـ ٦ ص ١٧١ ، المحلى جـ ٩ ص ٢٦١ .

"الفصل الثاني"

الحدود والعقوبات

- (١) ... إلا أن العاهر في هذا الحديث المقصود إليه هو المحصن دون البكر " وهذا أيضاً إجماع من المسلمين أن البكر لا رجم عليه (١) .
- (٢) وأجمع فقهاء المسلمين وعلمائهم من أهل الفقه والأثر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا أن المحصن حده الرجم (٢) .
- (٣) في حديث الولد للفراس وللعاشر إيجاب الرجم على الزاني ، لأن العاهر الزاني ، والعهر الزني وهذا معروف عند جماعة أهل العلم فأهل الفقه لا يختلفون في ذلك ... (٣) .
- (٤) قال : حجة من لم ير فساد الحاج إلا بالوطء في الفرج القياس على ما أجمعوا عليه من وجوب الحد ، وعلة من جعل الإفساد في الفرج وفي غير الفرج القياس على ما أجمعوا عليه من الغسل واتفقوا فيمن قبل وهو محرم (٤) .
- (٥) لم يختلفوا فيمن وطئ مراراً قبل الحد أنه ليس عليه إلا حد واحد (٥) .
- (٦) قال : ليس كل من وطئ فرجاً محرماً عليه وطؤه يلزمه الحد لإجماعهم أن لا حد على من وطئ صائماً أو معتكفاً أو محرمة أو حائضاً ، وهي له زوجة أو أمة والذي عليه جمهور الفقهاء أن شبهة الملك شبهة يسقط من أجلها الحد (٦) .

(١) التمهيد جـ ٨ ص ١٩٥ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٢) التمهيد جـ ٩ ص ٧٩ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٣) التمهيد جـ ٨ ص ١٩٥ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٤) الاستذكار جـ ١٢ ص ٢٩٥ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٥) الاستذكار جـ ١١ ص ٣١٢ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٦) الاستذكار جـ ٢٤ ص ١٣٧ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٧) أن السارق مراراً عليه حدٌ واحد لكل ما سرق قبل كالزنى لأنه حق الله تعالى ، والزنى أصل آخر من الإجماع أيضاً في الرجل يوطأ امرأة قد نكحها نكاحاً فاسداً أو نكاحاً صحيحاً أنه يجب عليه المهر بوطء مرة ، ولو وطأها بعد ذلك مراراً لم يكن عليه غير ذلك (١) .

(٨) قال : وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش بالعقد عليها مع إمكان الوطء وإمكان الحمل فالولد لصاحب الفراش ، لا ينتقي عنه أبداً بدعوى غيره ، ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان (٢) .

(٩) قال : لا خلاف عليه علمته بين العلماء السلف والخلف أن المكرهة على الزنى لا حد عليها إذا صح إكراهها واغتصابها نفسها (٣) .

(١٠) أن نحكم بينهم إذا ترفعوا إلينا ، وإن لم تكن الشريعة في ذلك الحكم موافقة لحكمهم حكمنا بينهم بما أنزل الله في كتابه القرآن إذا تحاكموا إلينا ورضوا بحكمنا ، ويتحمل ذلك أن يكون خصوصاً لرسول الله ﷺ والإجماع على أن ذلك لم يعمل به أحد بعده، ولقوله ﷺ : « **أولم يكفهم أنا أنزلنا عليك الكتاب يتلى عليهم** » (٤) .

(١١) قال : لا أعلم خلافاً بين أهل العلم في ما قاله علي وابن عباس في هذا الباب في أقل الحمل - ستة أشهر - وهو أصل وإجماع (٥) .

(١٢) قال : وأجمعوا أن من قتل في الحرم وكذلك من أتى حداً أقيم عليه في الحرم قال الله ﷻ : « **ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم** » [سورة الحج : آية ٢٥] وقيل الحرم المسجد الحرام (٦) .

(١) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٩٧ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤

ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٢) التمهيد جـ ٨ ص ١٨٣ ، الاختيار جـ ٤ ص ٣٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص

١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٢٩ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١١٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٦٧ ، القوانين الفقهية ص ٢٦٢ ، مغني المحتاج

جـ ٤ ص ١٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٥ ، المغني جـ ٨ ص ٣٨٠ ، مراتب الإجماع ص ١٢٩ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٤

ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ٦٠ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٣٠ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٢٩٧ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٨ ، مغني المحتاج

جـ ٤ ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ٦٠ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٣٠ .

(٦) الاستدكار جـ ٢٦ ص ٧٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٤

ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ٦٠ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٣٠ .

(١٣) وأجمع الفقهاء أن الأمة الزانية ليس يبيعها بواجب لازم على ربها .
وإن اختاروا له ذلك (١) .

(١٤) تعليقاً على إقرار الشخص بالزنى أو السرقة فيقام عليه الحد
فيرجع إقراره وينكر هل يكمل عليه الحد أم لا ؟ .

قال : ولا لقول من جعل رجوعه ندماً ، لإجماعهم على أن
رجوعه قبل أن يقام عليه الحد ليس بندم ، ولا فرق في القياس
والنظر بين أول الحد وآخره ، وإذا جاز أن يقبل رجوعه بعد سوط
واحد ، جاز أن يقبل بعد سبعين (٢) .

(١٥) عن قول المقر بالسرقة والزنى والشرب وقد أجمع العلماء على أنه
إذا وجب بالشهادة وأقيم بعضه ثم رجع الشهود قبل أن يقام الحد أو
قبل أن يتم أنه لا يقام عليه ، ولا يتم ما بقى منه بعد رجوع الشهود
فكذلك الإقرار والرجوع (٣) .

(١٦) قال : في الذي شهد لأبي بكر بأنه زنى ثم إلى عمر ثم إلى رسول
الله ﷺ وشهد على نفسه أربع مرات بالزنى ، قال أبو عمر : هو
ما عز بن مالك الأسلمي ، لا خلاف بين العلماء في ذلك وقد
تكررت الآثار المروية قصته بذلك (٤) .

(١٧) قال : وأما قوله : "وولد ابنه مئة وغربه عاماً فلا خلاف بين علماء
المسلمين أن ابنه كان بكرراً وأن الجلد حد البكر مئة جلدة" (٥) .

(١) الاستذكار جـ ٩ ص ١٠٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٨ ، مغني المحتاج جـ ٤
ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ٦٠ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٣٠ .

(٢) التمهيد جـ ١٢ ص ١١٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٦ ، مغني المحتاج
جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٤٥ ، المحلى جـ ١١ ص ٦٥ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٩٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٦ ، مغني المحتاج
جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٤٥ ، المحلى جـ ١١ ص ٦٥ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٢٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٦ ، مغني المحتاج
جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٤٥ ، المحلى جـ ١١ ص ٦٥ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٤ ص ٥٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٦ ، مغني المحتاج
جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٤٥ ، المحلى جـ ١١ ص ٦٥ .

(١٨) لأنه قد صح أنه وضع الحد على الوطني فرجاً حراماً جهل تحريمه وعذره بالجهالة ، فالمتأول أولى بذلك ولا خلاف أنه لا رجم عليه^(١).

(١٩) هذا القول يعنى قول مالك : يُرجم اللواطي أحسن أو لم يحسن ، لأنه روى عن الصحابة ، ولا مخالف له منهم ، وروى عن النبي ﷺ وهو الحجة فيما تنازع فيه العلماء^(٢) .

(٢٠) وهذا إجماع أن المجنون المعتوه لأحد عليه والقلم عنه مرفوع^(٣) .

(٢١) قال : إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فلاعن بينهم ، ولم يحد شريك ، ولا يحتلفون أن من قذف امرأته برجل ، فلاعن لم يحد الرجل^(٤) .

(٢٢) حد القذف قال : " والمحصنات لا يدخل فيهن المحصنون إلا بالقياس ، وقد أجمع علماء المسلمين أن المحصنين في ذلك كلهم حكمهم في ذلك حكم المحصنات قياساً ، وأن من قذف حراً عفيفاً مسلماً ، كمن قذف حرة عفيفة مسلمة ، هذا ما لا خلاف فيه بين أحد من علماء هذه الأمة " ^(٥) .

(٢٣) قال على قاذف الجماعة : " لكل واحد منهم حد إجماعهم على أنه لو عفا أحد المقدوفين ، كان لمن جمعه أن يقوم ، إن شاء بحده ،

(١) التمهيد جـ ١٣ ص ٢٣٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٦٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٣٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، المغني جـ ٩ ص ٤٥ ، المحلى جـ ١١ ص ٦٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٢ ص ٧٨ ، ٧٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٥ ، المغني جـ ٩ ص ٨٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٠٠ .

(٣) التمهيد جـ ٢٣ ص ١٢٠ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٥ ، المغني جـ ٩ ص ٨٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٠٠ .

(٤) الاستذكار جـ ٢ ص ١٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٥ ، المغني جـ ٩ ص ٨٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٠٠ .

(٥) الاستذكار جـ ٢ ص ١٢٠ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٥ ، المغني جـ ٩ ص ٨٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٠٠ .

ولو كانوا عشرة أو أكثر فعفا التسعة ، كان للباقي في القيام في حده^(١) .

(٢٤) ولا أعلم بين الصحابة خلافاً في استتابة المرتد^(٢) .

(٢٥) على هذا جماعة العلماء فيمن خرج من دين اليهودية إلى النصرانية ، أو من النصرانية إلى اليهودية ، أو المجوسية ، أنه لا يقتل ، إن كان ذمياً ، وله ذمته ، لأن النصرانية ، واليهودية والمجوسية أديان ، قد جاء القرآن والسنة ، بأن يقر أهلها ذمة إذا بذلوا الجزية ، وأعطوها للمسلمين ، لا خلاف بين العلماء فيما وصنفنا^(٣) .

(٢٦) قال : " مَنْ ارتد عن دينه حل دمه وضربت عنقه ، والأمة مجتمعة على ذلك " ^(٤) .

(٢٧) وقد أجمعوا أن الزنديق إذا أظهر الزندقة يستتاب كغير الزنديق^(٥) .

(٢٨) وأجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر وإلى الله ^{عَلَيْكَ السَّرَائِرُ} ^(٦) .

(٢٩) وأجمع الفقهاء على أن السرقة إذا وجدها صاحبها بعينها بيد السارق قبل أن يُقطع أو بعد ذلك كله أخذها ، وأنها ماله لا يزِيل ملكها عنه قطع يد السارق^(٧) .

(١) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٣ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٥ ، المغني جـ ٩ ص ٨٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٣١٠ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٢ ص ١٤٣ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٢ ص ١١٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٨٢ ، القوانين الفقهية ص ١١٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٨ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢٠ .

(٤) التمهيد جـ ٥ ص ٣٠٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المحلى جـ ١١ ص ٣١٩ .

(٥) الاستدكار جـ ٦ ص ٣٢٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المحلى جـ ١١ ص ٣١٩ .

(٦) الاستدكار جـ ٦ ص ٣٣٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المحلى جـ ١١ ص ٣١٩ .

(٧) التمهيد جـ ١٤ ص ٣٨٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المحلى جـ ١١ ص ٣١٩ .

(٣٠) قال : " وقد أجمع العلماء على أن كل سرقة لا قطع فيها فالغرم واجب على من سرقها موسراً كان أو معسراً (١) .

(٣١) قال : في حديث مصعب بن ثابت قتل السارق بالحجارة في الخامسة، ولا أعلم أحداً من أهل العلم قال به إلا ما ذكره أبو مصعب صاحب مالك في مختصره عن أهل المدينة (٢) .

(٣٢) عن الخلف فيمن يقيم الحدود على العبيد السيد أم السلطان رجع أنه السيد ، وروى عن جماعة من الصحابة أنهم أقاموا الحدود على ما ملكت أيماهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس ، ولا مخالف لهم من الصحابة (٣) .

(٣٣) قال : وأجمع العلماء على أنه لا قطع على المضارب من مال مضاربه وكذلك المودع عنده الوديعة (٤) .

(٣٤) قال مالك الأمر عندنا في الذي يسرق مراراً ثم يستعدى عليه ، ليس عليه. إلا أن تقطع يده لجميع من سرقة منه ، إذا لم يكن أقيم عليه الحد فإن كان قد أقيم عليه الحد قبل ذلك ثم سرق ما يجب فيه القطع قطع أيضاً ، قال أبو عمر ، لا أعلم في هذه المسألة خلافاً (٥)

(٣٥) قال : والقطع واجب عند العلماء على كل سارق أخرج المتاع من حرزه وهو حق لله ^{عنه} وليس للأدعي في القطع حق ، فإن وجد

(١) الاستدكار جـ ٢٤ ص ٢٠٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المحلى جـ ١١ ص ٣١٩ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٩٥ ، ١٩٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ٥١ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢٠ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٠٨ ، ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ٥١ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢٠ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٨١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ٥١ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢٠ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١٩٧ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ٥١ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢٠ .

متاعه أخذه بإجماع ليس له غير ذلك ، ولا له العفو عن السارق إذا بلغ السلطان وهو وغيره في ذلك سواء (١) .

(٣٧) عن الخلاف في قتل المسلم بالكافر الجمهور منعه وأجازة الكوفيون واحتجوا بالإجماع على المسلم تقطع يده إذا سرق من مال نمي فنفسه أخرى أن تؤخذ بنفسه (٢) .

(٣٨) لا أعلم بين أهل العلم اختلافاً في الحدود إذا بلغت السلطان لم يكن فيها عفو لاله ولا لغيره ، وجائز للناس أن يتعافوا الحدود ما بينهم ما لم يبلغ السلطان وذلك محمود عندهم (٣) .

(٣٩) قال : العفو في حقوق الأدميين إذا عفا جائز بإجماع (٤) .

(٤٠) قال : والأصل المجتمع عليه أن الدماء الممنوع منها بالكتاب والسنة لا ينبغي أن يراق شئ منها ولا يستباح إلا بيقين واليقين : الشهادة القاطعة أو الإقرار الذي يقيم عليه صاحبه (٥) .

(٤١) قول على في قليل الخمر وكثيرها ثمانون جلد فإن أهل العلم مجمعون من صدر الإسلام إلى اليوم أن الحد واجب في قليل الخمر وكثيرها إلا إذا كانت خمر عنب على من شرب شيئاً منها فأقربه أو شهد عليه بأن شربها لا يختلفون في ذلك (٦) .

(١) الاستدكار جـ ٢ ص ٢٠٩ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ١١٢ ، المحلى جـ ١١ ص ١٢٥ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٥ ص ١٧٥ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ١١٢ ، المحلى جـ ١١ ص ١٢٥ .

(٣) التمهيد جـ ١١ ص ٢٢٤ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ١١٢ ، المحلى جـ ١١ ص ١٢٥ .

(٤) الاستدكار جـ ٣٤ ص ١٢٢ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ١١٢ ، المحلى جـ ١١ ص ١٢٥ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٤ ص ١١٣ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٥٠٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٢٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ ، المغني جـ ٩ ص ١١٢ ، المحلى جـ ١١ ص ١٢٥ .

(٦) الاستدكار جـ ٢٤ ص ٢٧٤ ، بدائع الصانع جـ ٧ ص ١٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٧١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٣٦ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢١ .

(٤٢) قال : وكذلك أجمعوا أن عصير العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، وأسكر الكثير منه أو القليل أنه الخمر المحرومة بالكتاب والسنة المجتمع عليها وأن مستحلها كافر ، يستتاب ، فإن تاب ، وإلا قتل هذا كله ما خلا فيه بين أئمة الفتوى وسائر العلماء (١) .

(٤٣) وقد أجمع العلماء على أن الإقرار في الأموال يجب مرة واحدة ، فدل ذلك على أنه لا يراعي عدة الشهود ، لأن الشهادة لا تصح بأقل من شاهدين (٢) .

(٤٤) وقد أجمع علماء المسلمين أن الكفار إذا انتهوا وتابوا من كفرهم غفر لهم كل ما سلف وسقط عنهم ما لزمهم حال الكفر من حقوق الله والمسلمين قبل أن يقدروا عليهم وبعد أن يقدروا عليهم فلا يحل قتلهم بإجماع المسلمين ولا يؤخذ بشئ جنوه في مال أو دم (٣) .

(٤٥) الآية : ﴿ **مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾ [سورة المائدة : آية ٣٢] ، قال معناه أو بغير فساد في الأرض ، فدل على أن الفساد في الأرض إن لم يكن قتلًا فهو كالقتل ، والفساد المجتمع عليه هنا قطع الطريق وسلب المسلمين وإخافة سلبهم (٤) .

(١) الاستدكار جـ ٢ ص ٢٧٤ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٧١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٣٦ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢١ .

(٢) الاستدكار جـ ٢ ص ٣٠ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٤٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٧١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٣٩ ، المغني جـ ٩ ص ١٣٦ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٢١ .

(٣) الاستدكار جـ ٢ ص ٢٠١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ١٢٩ ، مراتب الإجماع ص ١٢٩ .

(٤) الاستدكار جـ ٤ ص ٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ١٢٩ ، مراتب الإجماع ص ١٢٩ .

(٤٦) وهذا هو الصحيح ، لأن المحاربين يؤخذون بكثير من ذلك - أي مما لا يؤخذ به الكافر بعد إسلامه - مما يؤخذ منهم ، لإجماع العلماء أن ما وجد في أيديهم من أموال المسلمين وأهل الذمة أيضاً، أي يؤخذ من المحارب (١) .

(١) الاستذكار جـ ٢ ص ٢٠١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٧ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٠ ، المغني جـ ٩ ص ١٢٩ ، مراتب الإجماع ص ١٢٩ .

" الفصل الثالث "

القصاص والديات

(١) قال : وقد أجمعوا أن الأب لو قتل ابن ابنه ، أو من الابن وليه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه في ذلك كله (١) .

(٢) سمع مالك ابن شهاب يقول : مضت السنة أن الرجل إذا أصاب امرأته بجرح أن عليه عقل ذلك الجرح ولا يقاد منه ، قال مالك : إنما ذلك في الخطأ ، أن يضرب الرجل امرأته فيصيبها من ضربه ما لم يتعمد ، كما يضربها بسوط فيفقا عينها ونحو ذلك قال أبو عمر : هو كما قال مالك في الخطأ لا خلاف فيه (٢) .

(٣) ولا خلاف علمته بين العلماء فيمن قتل رجلاً ثم ادعى أنه إنما قتله لأنه وجده مع امرأته بين فذبيها ونحو ذلك من وجوه زناه بها ، ولم يعلم ما ذكر عنه إلا بدعواه ، أنه لا يقبل منه ما ادعاه ، وأنه يقتل به إلا أن يأتي بأربعة شهداء يشهدون أنهم رأوا وطئه لها وإيلاجه فيها ، ويكون مع ذلك محصناً مسلماً بالغاً أو من يحل دمه بذلك فإن جاء بالشهداء نجاً وإلا قتل وهذا واضح لو لم يلجئ به الخبر لأوجبه النظر (٣) .

(٤) بعد أن ذكر مسألة وجوب رد مهجة المسلم " روحه " إذا لم يوجد غيره قضى عليه بترقيق تلك المهجة الأدمية ولا خلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم : " انقاذ روحه من الجوع " عند خوف الذهاب والتلف بالشيء اليسير الذي لا مضرة فيه على صاحبه وفيه البلغة " النجاة " (٤) .

(٥) قال تعليقاً على حديث سعد بن عبادة حين قال للنبي ﷺ لو وجدت رجلاً مع أهلي لم أقتله حتىأتي بأربعة شهداء ، قال رسول الله

(١) الاستذكار جـ ٢٤ ص ١٤٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٦٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٧٦ ، الوجيز ص ٣٤٣ ، المدة ص ٤٣٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٤٤ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٦٤ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٦٢ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٧٧ ، المغني جـ ٨ ص ٣٤٠ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥٤ .

(٣) التمهيد جـ ٢١ ص ٢٥٦ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٦ ، الوجيز ص ٣٤٥ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥٠ .

(٤) التمهيد جـ ١٤ ص ٢١٠ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٠ مغني المحتاج جـ ٤ ص ٧٨ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥٤ .

ﷺ : نعم فقال سعد: "لا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك : ثم قال : لو لم يروه غير مالك ما كان في ذلك شئ والمعنى الموجود في هذا الحديث مجتمع عليه قد نطق به الكتاب المحكم وقد وردت به السنة الثابتة واجتمعت عليه الأمة (١) .

(٦) عن حديث عائشة كسر عظم المؤمن ميتاً ككسره حياً ، قال أبو عمر هذا كلام عام يراد به الخصوص لإجماعهم على أن كسر عظم الميت لادية فيه ولا قود فعلمنا أن المعنى ككسره حياً في الإثم لا في القود ولا الدية لإجماع العلماء على ما ذكرت لك (٢) .

(٧) قال : وقد أجمعوا أن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يردده وأراد غيره (٣) .

(٨) قال : أصل مالك أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث من جنابة الخطأ وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك والحمد لله فما كان دون الثلث فهو في مال الجاني وما لزم دية الموسر ، ولا يؤخذ أب بجنابة الابن الصغير ولا الكبير ، وهذا ما لا خلاف فيه (٤) .

(٩) قال : وقد أجمعوا أنه لو أعانه ولم يحضر قتله ، لم يقتل به (٥) .

(١٠) قال مالك : وإذا قتلت المرأة رجلاً أو امرأة عمداً والتي قتلت حامل، لم يقد منها حتى تضع حملها قال أبو عمر : هذا إجماع من

(١) التمهيد جـ ٢١ ص ٢٥٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٦٣ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٨٠ ، الوجيز ص ٣٥٠ ، المغني جـ ١ ص ٣٥٠ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٢ .

(٢) التمهيد جـ ١٣ ص ١٤٤ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٥ ، الوجيز ص ٣٤٩ ، المغني جـ ٨ ص ٣٤٥ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦١ .

(٣) الاختيار جـ ٤ ص ٨٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٠ ، العدة ص ٣٣٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٠٠ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٥ ص ١٨٧ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٨٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٨١ ص ٣٥٠ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٥٨ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٨٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٨١ ص ٣٥٠ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

العلماء وسنة مستوفية لأن رسول الله ﷺ لم يَرجم الحامل المعترفة بالزنى حتى وضعت (١) .

(١١) قال أثناء عرضه لجزاء الصيد إذا اشترك في قتله جماعة : من جعل كل واحد منهم جزءاً قاس على الكفارة في قتل النفس لأنهم لا يختلفون في وجوب الكفارة على جميع القتلة خطأ على كل واحد منهم كفارة ومن جعل فيه جزءاً واحداً قاسه على الدية ولا يختلفون أن من قتل نفساً خطأ وإن كانوا جماعة إنما عليهم دية واحدة يشتركون فيها (٢) .

(١٢) أجمع العلماء أن ديات الرجال شريفهم وضيعهم سواء ، إذا كانوا أحراراً مسلمين ، وكذلك ذكور الصبيان في دياتهم كأبائهم الطفل والشيخ في ذلك سواء وكذلك الطفلة كأُمها في دياتها (٣) .

(١٣) ولا خلاف بين العلماء أن من قصد إلى غيره بحديدة يقتل مثلها: إنه عمد صحيح فيه القود إلا أن يكون القاتل أباً فإنهم اختلفوا فيه (٤) .

(١٤) في النفس مائة من الإبل وهذا موضع فيه تنازع بين العلماء بعد إجماعهم أن على أهل الإبل في دية النفس إذا اتلفت خطأ مائة من الإبل لا خلاف بين علماء المسلمين في ذلك ولا يختلفون أن رسول الله ﷺ جعلها كذلك (٥) .

(١٥) وأجمع أهل السير والعلم بالخبر أن الدية كانت في الجاهلية تحملها العاقلة ، فأقرها رسول الله ﷺ في الإسلام ، وكانوا يتعاقلون

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٨٦ ، الاختصار جـ ٤ ص ٨٧ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٨٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٨١ ص ٣٥٠ الظلي جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٢) التمهيد جـ ٢١ ص ١٥٦ ، الاختصار جـ ٤ ص ٨٧ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٨٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٨١ ص ٣٥٠ الظلي جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٣) التمهيد جـ ١٧ ص ٣٥٧ ، بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٣٧٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١٠ ، الوجيز ص ٣٥٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، مراتب الإجماع ص ١٤٠ .

(٤) التمهيد جـ ٢٣ ص ٤٣٨ ، بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٣٧٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١٠ ، الوجيز ص ٣٥٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، مراتب الإجماع ص ١٤٠ .

(٥) التمهيد جـ ١٧ ص ٣٤١ ، بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٣٧٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١٠ ، الوجيز ص ٣٥٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، مراتب الإجماع ص ١٤٠ .

بالنظرة ثم جاء الاسلام فجرى الأمر على ذلك حتى جعل عمر الديوان واتفق الفقهاء على رواية ذلك والقول به (١) .

(١٦) وأجمعوا أنه لم يكن في زمن رسول الله ﷺ ولا في زمن أبي بكر ديوان وأن عمر جعل الديوان وجمع به الناس وجعل أهل كل جند يداً ، وجعل عليهم قتال من يليهم من العدو (٢) .

(١٧) قول مالك : فقتل العمد عندنا ، أن يعمد الرجل إلى الرجل فيضربه حتى تفيض نفسه ، فهذا ما لا خلاف بين العلماء فيه (٣) .

(١٨) قال : قد تابع مالكاً على نفيه ودفعه لشبهة العمد الليث بن سعد ، وما أعلم أحداً من فقهاء الأمصار على ذلك تابعهما .. وقد روي عن عمر وعثمان وعلي ، وزيد ، وأبي موسى ، والمغيرة أنهم أثبتوا شبه العمد وقضوا فيه بالدية المغلظة ، وإن كانوا اختلفوا في أسنان الإبل ، ولا مخالف لهم من الصحابة (٤) .

(٢٠) قال : قد أجمعوا على أن السارق لو مات قطع يده أنه لا شيء فيه ، لأنه قطع بحق ، وكذلك المقتص منه في القياس (٥) .

(٢١) حول جعل عنق المدبر من ثلث المال أو من رأس المال كله رجح أنه من الثلث ، وقال : قد أجمعوا أن سائر ما يقع بعد الموت في الثلث فكذلك المدبر (٦) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٢١ ، بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٣٧٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٠ ، الوجيز ص ٣٥٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، مراتب الإجماع ص ١٤٠ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٢٢ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٣) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٥٢ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٤) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٥) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٢٨٢ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٦) الاستذكار جـ ٢٣ ص ٣٦٤ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٢٢) قال أجمع العلماء على أن المداوي إذا ما دوى ما أمر به ضمن ما أئلف بتعديده ذلك (١).

(٢٣) وقد اختلفوا أنه لا يقاد الكافر من المسلم فيما دون النفس من الجراح فالنفس بذلك أخرى (٢).

(٢٤) وكذلك لم يختلفوا في أن جنابة العبد في رقبتة ، وأن سيده إن شاء فداه بأرشها ، وإن شاء دفعه إلى من يجوز له ملكه ، وأنه ليس عليه من جنابة أكثر من رقبتة (٣).

(٢٥) قال مالك : إذا عمد الرجل إلى أمراته ففقا عينها أو كسر يدها متعمداً لذلك فإنها تقاد منه أما إذا ضربها بالحبل أو بالسوط فيصيبها ما لم يرد ولم يتعمد فإنه يعقل ما أصاب منها ولا يقاد منه ، قال أبو عمر هذا قول جماعة العلماء ، ولم يختلف فيه أئمة الفتيا (٤).

(٢٦) قال مالك : في العبد المسلم يجرح اليهودي أو النصراني إن سيد العبد إن شاء أن يعقل عنه ما قد أصاب فعل أو أسلمه فيباع فيعطي اليهودي أو النصراني من ثمن العبد دية جرحه أو ثمنه كله ، إن أحاط بثمنه ولا يعطي اليهودي ولا النصراني عبداً مسلماً ، قال أبو عمر : هذا ما لا خلاف علمته فيه بين العلماء أن اليهودي والنصراني لا يسلم إليهما عبد مسلم بجنابة (٥).

(٢٧) قتل العبد السائبة بن الرجل من بني عائد ، فقال عمر لا دية لا تبك ، فقال العائذي فلو قتله بني فقال عمر : إذا تخرجون ديتة ، قال

(١) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٥٥ ، المبسوط جـ ٢٦ ص ١٣٣ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٦ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٦٠ ، العدة ص ٤٥٠ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٥ ص ١٧٧ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٥ ص ١٦٠ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٢٩٠ ، الاختيار جـ ٤ ص ٨٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٥ ، الوجيز ص ٣٧٠ ، المغني جـ ٨ ص ٢٠٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٠ .

(٥) الاستدكار جـ ٢ ص ١٥٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٠ ، الشرح الصغير جـ ٤ ص ٦٠ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، العدة ص ٤٥٢ ، المحلى ص ٣٤٠ .

أبو عمر سقط من رواية يحيى صفة قتله ، وقتله كان خطأ ، لا خلاف في ذلك بين العلماء ، لأن العاقلة لا تحمل إلا عقل الخطأ ، ولما لم يكن للمعتق سائبة عاقلة لم يوجب له عمر شيئاً والعلماء مختلفون في ذلك (١) .

(٢٨) عن الخلاف في قتل المؤمن بالكافر رد على من استدل بأن أبان بن عثمان حاكم المدينة أوتي بمؤمن عدا على كافر فقتله ، فأمر بالمسلم أن يقتل ، رده بعموم قوله الشيخ : " لا يقتل مؤمن بكافر " ، وقد أجمعوا أنه لا يعتبر فيه حكم المحارب في تخيير الإمام - بالقتل أو الصلب ، أو قطع الأيدي والأرجل - ولو كان محارباً اعتبر ذلك فيه (٢) .

(٢٩) عن الاختلاف في دية الذمي هل هي مثل دية المسلم أو على النصف ثم قال : وقد أجمعوا على أن أقل ما قيل واجب واختلفوا فيما زاد والأصل براءة الذمة (٣) .

(٣٠) قال الأحناف : من أوقف دابته في الطريق مربوطة أو غير مربوطة ضمن ما أصابت بأي وجه ما أصابت ، قالوا يضمن ما يجوز له أن يحدثه فيه أو لا يجوز ، قالوا : وليس يبرئه ما جاز إحداثه له من الضمان كراكب الدابة يضمن ما عطب به ، وإن كان له أن يتركها ويسير عليها ، قال أبو عمر : ولم يختلفوا أنه يضمن في ما ليس له أن يحدثه ، وإنما اختلفوا في ماله أن يحدثه في غير ملكه (١) .

(١) الاستذكار ج٢ ص ٢٥٥ ، بدائع الصالح ج٧ ص ٣٥٠ ، الشرح الصغير ج٤ ص ٦٠ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، المدة ص ٤٥٢ ، المحلى ص ٣٤٠ .

(٢) الاستذكار ج٢ ص ١٧٨ ، بدائع الصالح ج٧ ص ٣٥٠ ، الشرح الصغير ج٤ ص ٦٠ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، المدة ص ٤٥٢ ، المحلى ص ٣٤٠ .

(٣) الاستذكار ج٢ ص ١٦٩ ، الاختيار ج٤ ص ٨٨ ن بداية المجتهد ج٢ ص ٤٠٦ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٩٢ ، المغني ج٨ ص ٢٣٠ ، المحلى ج١٠ ص ٣٦٠ .

(٤) الاستذكار ج٢ ص ٢١٦ ، الاختيار ج٤ ص ٨٨ ن بداية المجتهد ج٢ ص ٤٠٦ ، مغني المحتاج ج٤ ص ٩٢ ، المغني ج٨ ص ٢٣٠ ، المحلى ج١٠ ص ٣٦٠ .

(٣١) عن الاختلاف في عضو المقتول قبل أن يموت عن قتله رجح رأي مالك بأن له ذلك للآية : ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾ [المائدة : ٤٥] ولم يخالف العلماء أن المتصدق هنا هو المقتول يتصدق بدمه على قاتله أن يعفو عنه ، واختلفوا في الضمير في قوله : " كفارة له " كفارة للقاتل ، أو المقتول " (١) .

(٣٢) قال : وقد استحسن مالك الكفارة في قتل العبد ولم يستحسنها هو ولا أحد من العلماء في البهائم والأموال (٢) .

(٣٣) وكذلك لا يجزئ عند الجميع في كفارة قتل الخطأ إلا رقبة مؤمنة بشرط الله ذلك في نص كتابه هناك واختلفوا في كفارة الأيمان (٣) .

(٣٤) قال : ورد التوفيق في الديات عن النبي ﷺ ولم يذكر فيه الحرم ولا الشهر الحرام فأجمعوا على أن الكفارة على من قتل خطأ في الشهر الحرام وغيره سواء ، فالقياس أن تكون الدية كذلك (٤) .

(٣٥) قال مالك : وكذلك موالى المرأة ميراثهم لولد المرأة وإن كانوا من غير قبيلتها وعقل جناية الموالى على قبيلتها ، قال أبو عمر : والموالى عندهم يجرون مجرى العصبية ، لأن الولاء نسب لا ينتقل وهذا كله أمر مجتمع عليه وسنة مسنونة معمول بها عند جمهور العلماء إلا أن منهم من يقول في المولى إذا أبي أن يعقل كان الولاء من يقول في المولى إذا أبي أن يعقل كان الولاء للمصائب المقتول خطأ ولم يرث ذلك عنه (٥) .

- (١) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٢٧٣ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ،
ملفي المحتاج جـ ٤ ص ١٠٨ ، المصنف جـ ٨ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥١ .
- (٢) الاستدكار جـ ٢٥ ص ١٨٩ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ،
ملفي المحتاج جـ ٤ ص ١٠٨ ، المصنف جـ ٨ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥١ .
- (٣) الاستدكار جـ ٢٣ ص ١٧١ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ،
ملفي المحتاج جـ ٤ ص ١٠٨ ، المصنف جـ ٨ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥١ .
- (٤) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٢٠٢ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ،
ملفي المحتاج جـ ٤ ص ١٠٨ ، المصنف جـ ٨ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥١ .
- (٥) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٦٥ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، ملفي
المحتاج جـ ٤ ص ١٠٨ ، المصنف جـ ٨ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٥١ .

(٣٦) قال : وأجمعوا أنها على البالغين من الرجال (١) .

(٣٧) قال مالك : ونرى أن في جنين الأمة عشر ثمن أمه ، قال أبو عمر : يريد جنين الأمة من غير سيدها ، لأن جنين لأمة من سيدها لم يختلف العلماء أن حكمه حكم جنين الحرة (٢) .

(٣٨) قال : ولم تختلف الروايات عن النبي ﷺ في الجنين سقط ميت بضرب بطن أمه وهي حية حين رمته ، بغرة عبد أو أمة : هذا ما لم يختلف فيه أحد علمته ، واختلفت الروايات على زيادة قضى بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل (٣) .

(٣٩) قال : قول مالك : من قتل خطأ فإنما عقله مال ، ولا قود فيه ، أمر مجتمع عليه ، لأن قتل الخطأ لا قود فيه ، لأن الله ﷻ قال : ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَهِيَ سَلَامَةٌ إِلَى اللَّهِ﴾ [سورة النساء : ٩٢] فجعلها دية وكفارة لا غير (٤) .

(٤٠) قال : وأما إذا كان طفلاً في المهد أمر مرضعاً لا تميز له ولا يصح منه قصد ولا تعدد فهو كالبهيمة المهملة التي جرحها جبار ، وهذا أصل مجتمع عليه ولا أعلم خلافاً فيه ، إلا ما تقدم من مذهب الشافعي ومن قال بقوله ، في أن عمد الصبي في ماله لا تحمله العاقلة (٥) .

(٤١) في اللسان الدية ، فقد روى عن النبي ﷺ وأصحابه — وعليه جماعة العلماء ومذاهب أئمة الفتوى ، إذا قطع كله ، أو ما يمنع الكلام منه

(١) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٢٢٠ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، المغلي جـ ١ ص ٣٤٥ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٨٤ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، المغلي جـ ١ ص ٣٤٥ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٧٧ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، المغلي جـ ١ ص ٣٤٥ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٤٧ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، المغلي جـ ١ ص ٣٤٥ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٤٣ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٧ ، الوجيز ص ٣٦٠ ، العدة ص ٤٤٠ ، المغلي جـ ١ ص ٣٤٥ .

فإن قطع ما لا يمنع الكلام ففيه حكومة ، هذا كله في الخطأ واختلفوا في القصاص في اللسان (١) .

(٤٢) قال : ليس أحد من أهل العلم يجيز لأحد أن يحلف على ما لم يعلم أو أن يشهد بما لم يعلم ، ولكنه يحلف على ما لم ير ولم يحضر إذا صح عنده وعلمه بما يقع العلم بمثله ، فإذا صح ذلك عنده واستيقنته حلف عليه وإلا لم يحل (٢)

(٤٣) قال : وقد أجمع المسلمون أنه لا يعطي مدعى الدم شيئاً دون قسامة ، وأجمعوا أن شريعة المسلمين وسنتهم في الدماء والأموال لا يقضى فيها بالدعوى المجردة .

وأجمع العلماء أن قول المقتول عند موته دمي عند فلان لو قال حينئذ ولي عليه مع هذا أو على غيره درهم فما فوقه قوله في الدرهم ولم يحلف على قوله أحد من ورثته فيستحقه لم يقبل فأي سنة في قول المقتول : دمي عند فلان بل السنة المجتمع عليها (٣) .

(٤٤) وقد أجمع علماء المسلمين أنه من سلب في الموضع الذي ليس فيه أحد ، أنه لا يصدق في دعواه على من ادعى عليه (٤) .

(٤٥) أجمعوا أن عين الفاسق إذا كانت صحيحة لم يكن للمفقئ عينه أن يأخذ غيرها ، فدل على أن قوله **وَقَالَ** : **﴿العين بالعين﴾** [المائدة: ٤٥] ما قابلها (٥) .

(١) الاستدكار جـ ٢٥ ص ١٨٠ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٢٦٠ ، المفني جـ ٨ ص ٢٧٤ ، الوجيز ص ٣٦٠ ن مراتب الإجماع ص ١٤٤ .

(٢) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٣١٢ ، أحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٥٠ ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٢٦٠ ، المفني جـ ٨ ص ٢٧٤ ، الوجيز ص ٣٦٠ ن مراتب الإجماع ص ١٤٤ .

(٣) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٣٢٦ ، الاختيار جـ ٤ ص ٩٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٦١ ، مفني المحتاج جـ ٤ ص ٦٠ ، جـ ٨ ص ٢٧٤ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٥ .

(٤) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٣٢٤ ، الاختيار جـ ٤ ص ٩٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٦١ ، مفني المحتاج جـ ٤ ص ٦٠ ، جـ ٨ ص ٢٧٤ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٥ .

(٥) الاستدكار جـ ٢٥ ص ٣٦٥ ، الاختيار جـ ٤ ص ٩٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٦١ ، مفني المحتاج جـ ٤ ص ٦٠ ، جـ ٨ ص ٢٧٤ ، المحلى جـ ١٠ ص ٣٦٥ .

(٤٦) قال : أما اليد والذراع والرجل والساق فإذا قطعت اليد أو الرجل من المفصل عمداً فلا خلاف بين العلماء في أن القصاص واجب في ذلك (١) .

(٤٧) حديث أنس : " أن النبي ﷺ أمر بالقصاص في السن وقال كتاب الله ﷻ القصاص ، قال أبو عمر : هذا حديث مختصر وليس فيه حجة ، لأنه قد يحتمل أن تكون السن قلعت أو سقطت من ضربة فإذا كان كذلك فلا خلاف في القصاص قال ﷻ : **«السن بالسن»** وإنما الخلاف في السن تكسره هل فيها قصاص أم لا ؟ (٢) .

(١) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٣٨٣ ، الاختصار جـ ٤ ص ٩٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٦١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص

٦٠ ، جـ ٨ ص ٣٧٤ ، المغلي جـ ١٠ ص ٣٦٥ .

(٢) الاستذكار جـ ٢٥ ص ٣٨٦ ، الاختصار جـ ٤ ص ٩٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٦١ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص

٦٠ ، جـ ٨ ص ٣٧٤ ، المغلي جـ ١٠ ص ٣٦٥ .

﴿ الخاتمة ﴾

((وتشمل أهم النتائج والتوصيات))

❁ منها :-

(١) أن ابن عبد البر يرى أن اتفاق الجمهور حجة لازمة واجبة الاتباع .
(٢) أنه استدل على حجية الإجماع بنفس الأدلة التي استدل بها الجمهور لكن أهمها [آية النساء : ١١٥] ﴿ ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين ﴾ ، وآية ﴿ وكذلك جعلناكم أمة وسطا ﴾ [البقرة : ١٤٣] وحديث : " لا تجتمع أمتي على ضلالة " .

(٣) وصلت المصطلحات التي يستخدمها للتعبير عن الإجماع أكثر من ستين مصطلحاً وهذه المصطلحات ليس في درجة واحدة كما تبين من الدراسة .

(٤) كانت الطعون الموجهة لإجماعات ابن عبد البر ليست لضعفه ، وقلة علمه بل لتساهله وتوسعه في ترجيح بعض الآراء الأصولية المرجوحة ومنها الاحتجاج بقول الأكثر .

(٥) كثير من المسائل التي ادعى فيها الإجماع ليست كذلك بل فيها مخالفة قد تكون معروفة ومشهورة عند أهل العلم وقد يكونوا قد تغاضوا عنها .

(٦) تعاملت هذه الدراسة مع ما يقرب من ألف مسألة بالمكرر في أبواب المعاملات ، والحدود ، والعقوبات ، والقصاص والديات ، اتضح بالدراسة العملية أن دعوى الإجماع لا تصح في ١٠٨ مسألة عند مذاهب أهل السنة وذلك بحذف المكرر و وصلت إلى ما يقرب من ٣٠٠ ثلاث مائة مسألة بالمكرر ، وتم سرد المسائل التي لم يعثر الباحث فيها على مخالف عند أهل السنة والظاهرية إلى ما يقرب من ٧٠٠ سبع مائة مسألة بالمكرر ، ٢٩٨ مسألة بحذف المكرر ٢٠٤

مسألة في البيوع والمعاملات ، ٤٦ مسألة في الحدود والعقوبات ، ٤٨
مسألة في القصاص والديات .

(٧) كل دعاوى الإجماع بحاجة لإعادة نظر ودراسة تطبيقية لبيان ما
صحت فيه دعوى الإجماع وما لم تصح فيه هذه الدعوى .

(٨) نجد ابن عبد البر أحياناً يحكي الإجماع وقد يوجد الخلاف في الطبقات
العليا عند الصحابة والتابعين وهذه دعوى خطيرة جداً فإذا كان
الإجماع في عهد الصحابة متعزراً فما بالك بمن بعدهم ؟ .

(٩) هناك فرق كبير جداً بين الإجماع بالمفهوم الأصولي النظري ،
والمفهوم الواقعي التطبيقي والعملي لذا إذا أردنا الاستفادة من الإجماع
في الوقت الحاضر لابد أن ننطلق في تصور الإجماع من الواقع
التشريعي لا من التعييد النظري .

(١٠) أن الإجماع وإن كان عسير التحقق بالمفهوم الأصولي لكن يمكن
من خلاله وضع قواعد فقهية عامة تضبط مسائل الفقه الإسلامي فهو
على الأقل اتفاق أغلبي ، فهو ضابط لهوية دين الإسلام حيث يحول
الظني إلى قطعي فهو كاشف عن الحكم لا منشئ أحكام .

(١١) نجد أن المخالفات التي حدثت ترجع إلى :

أ - اختلاف مقاييس كل فقيه عن الآخر في إثبات الأحاديث .

ب- اختلاف البيئة والظروف التي تسببت في وصول أحاديث بطرق
قوية لبعضهم وضعيفة للبعض الآخر .

ج- اختلاف وجهة نظر كل منهم في فهم الأحاديث ، ولعل كتاب
الشيخ على الخفيف أسباب اختلاف الفقهاء من خير الكتب الحديثة في
فهم هذا الموضوع .

(١٢) أن الباحث لا يريد إطلاقاً إبطال الإجماع وإلغائه أو هدم الاحتجاج
به بل يريد التثبت من المسائل المجمع عليها عن طريق الدراسة
التطبيقية لا عن طريق الدعاوى المجردة ، لأنه يحافظ على ما اتفق
عليه المسلمون من الثوابت التي لا تتغير باختلاف الزمان والمكان .

(١٣) أن ابن عبد البر لم يغادر الأندلس ولم يرحل منها لطلب العلم ولعل لهذه المسألة أثر في دعواه .

(١٤) يمكن أن تكون المسائل المتفق عليها أساساً لبناء القواعد الفقهية وصياغتها صياغة فقهية محكمة تساعد على تقنين الشريعة الإسلامية وإكسابها المرونة والثراء لذا يوصي الباحث بدراسة هذه المسائل .

(١٥) أفضل الطرق للتعرف على صحة النقول عن إمام معين التعرف على منهج الناقل عموماً فيما يقول وفيما ينقل ، فلو تعرفنا على منهج ناقلي الإجماع ، وابن عبد البر منهم سيسهل علينا مناقشة إجماعاته لذا يوصي الباحث بمواصلة الدراسة في هذا الاتجاه .

(١٦) كما يوصي الباحث بإعادة صياغة كثير من مسائل الأصول في التراث الفقهي صياغة معاصرة تتجنب الإطار النظري ومركزة على ما يناسب الفكر الأصولي المعاصر ، ولا يفوت الباحث أن ينبه إلى البحث الرائد لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجي عن حاجة العلوم الإسلامية إلى تجديد داعياً الله أن تستمر مثل هذه الدراسات في إثراء المكتبة الأصولية والفقهية لنصل في النهاية إلى الصورة التي يحبها ربنا ويرضى .

ولله الحمد من قبل ومن بعد

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ،،،

﴿ الفهارس العامة ﴾

"مراجع الدراسة"

أولاً : القرآن وعلمونه :

- (١) أحكام القرآن للجصاص ت ٣٧٠ هـ ، مراجعة صدقي محمد جميل ،
طبعة المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- (٢) أحكام القرآن لأبْن العربي ت ٥٤٣ هـ ، تحقيق علي البجاوي ، طبعة
دار المعرفة ، بيروت ، بدون تاريخ .
- (٣) جامع البيان في تفسير القرآن ، الإمام محمد بن جرير الطبري ت
٣١٠ هـ ، وبهامشه تفسير غرائب القرآن للإمام نظام الدين الحسن بن
محمد النيسابوري ، طبعة دار الحديث ، القاهرة ١٤٠٧ هـ -
١٩٨٧ م .
- (٤) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي
المالكي ت ٦٧١ هـ ، طبعة دار الريان للتراث .
- (٥) أحكام القرآن للكيّا الهراسي ت ٥٠٤ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية -
بيروت ١٣٩٧ - ١٩٧٧ .
- (٦) تفسير القرآن العظيم لابن كثير - أبي الفداء إسماعيل بن كثير
ت ٧٧٤ هـ ، طبعة دار التراث ، القاهرة ، بدون تاريخ .
- (٧) تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، دكتور/ محمد أديب صالح ، طبعة
المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .
- (٨) تفسير النصوص وآيات القصص والديّات ، د/إسماعيل سالم رحمه
الله ، نشر مكتبة النصر ، القاهرة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ الطبعة الأولى .
- (٩) الكشف لأبي القاسم جار الله الزمخشري ت ٥٣٨ هـ ومعه حاشية
السيد الشريف الجرجاني ، طبعة دار الفكر ، بدون تاريخ .

ثانياً : كتب السنة وشرحها :

- (١) الأربعون النووية ، الإمام يحيى بن شرف النووي ت ٦٧٦ هـ ، طبعة دار المنار ، بدون تاريخ .
- (٢) بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني ت ٨٥٢ هـ ، أحمد بن علي مع سبل السلام الآتي ، محمد عبدالقادر عطا ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- (٣) تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك ، الإمام جلال الدين السيوطي ت ٩١١ هـ ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .
- (٤) حجية السنة دكتور/عبدالغني عبدالخالق ، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
- (٥) سبل السلام للعلامة الصنعاني - محمد بن إسماعيل ت ١١٨٢ هـ ، تحقيق محمد عبدالقادر عطا - طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- (٦) سنن الإمام ابن ماجة القزويني ت ٢٧٥ هـ ، حقق نصوصه ، ورقم كتبه ، وعلق عليه محمد فؤاد عبدالباقي ، طبعة دار الريان للتراث ، مصورة عن طبعة عيسى الحلبي ، بدون تاريخ .
- (٧) سنن أبي داود السجستاني - سليمان بن الأشعث ت ٢٧٥ ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ، طبعة دار حياء التراث العربي ، وقد رجعنا لطبعة أخرى فيها معالم السنن للخطابي ، طبعة دار الكتب العلمية .
- (٨) سنن الترمذي محمد بن عيسى بن سورة ت ٢٧٩ هـ تحقيق إبراهيم عطوة عوض ، طبعة الحلبي الطبعة الثانية ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م ، وقد عدنا لطبعة أخرى تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبدالباقي .
- (٩) سنن الدارمي أبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن ت ٢٥٥ هـ ، طبعة دار الفكر ، القاهرة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .
- (١٠) سنن النسائي لأبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب ت ٣٠٣ هـ ، طبعة المكتبة العلمية بيروت .

(١١) شرح الإمام النووي ت ٦٧٦ هـ على صحيح مسلم ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيجا ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤١٧ هـ — ١٩٩٦ .

(١٢) صحيح البخاري محمد بن إسماعيل ت ٢٥٦ ، كتاب الشعب .

(١٣) صحيح الإمام مسلم بن الحجاج ت ٢٦١ هـ ، طبعة دار الشعب بالقاهرة ، يدون تاريخ .

(١٤) عمدة القاري ، لبدر الدين أبي محمد محمود العيني ت ٨٥٥ هـ ، طبعة دار الفكر ، بيروت .

(١٥) فتح الباري بشرح صحيح البخاري أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢ هـ ، رقم أبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي وقام بإخراجه محب الدين الخطيب ، طبعة دار الريان للتراث ، الطبعة الثانية ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م .

(١٦) كشف الخفاء ومزيل الإلباس لإسماعيل بن محمد العجلوني ت ١١٦٢ هـ ، طبعة دار التراث بالقاهرة .

(١٧) مسند الإمام أحمد بن حنبل ت ٢٤١ هـ تحقيق أحمد محمد شاكر وبهامشه كنز العمال للمتقي الهندي ، طبعة دار المعارف ١٣٠٦ هـ - وقد رجعنا لطبعة أخرى بدار الحديث بالقاهرة وهي خالية في كنز العمال .

(١٨) مصنف عبدالرزاق الصنعاني ت ٢١١ هـ تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي منشورات المجلس العلمي بالهند ١٩٧٢ م .

(١٩) منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار لابن تيمية الجدت ٦٥٣ مع نيل الأوطار الآتي ذكره .

(٢٠) موطأ الإمام مالك رواية محمد بن الحسن الشيباني ، طبعة دار اليرموك ، بيروت بدون تاريخ .

(٢١) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية الإمام الزيلعي ت ٧٦٣ هـ ، طبعة المكتبة الإسلامية ١٩٧٣ م وعدنا لطبعة أخرى بدار الحديث بالقاهرة .

(٢٢) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني ت ١٢٥٠ هـ تحقيق طه عبدالرؤوف سعد طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة بالقاهرة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، وقد رجعنا لطبعة أخرى بدار الجبل بيروت .

ثالثاً : كتب أصول الفقه وقواعده :

- (١) الإبهاج في شرح المنهاج ، لتقي الدين على بن عبد الكافي السبكي ت ٧٥٦ هـ و ولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكي ت ٧٧١ هـ ، تحقيق دكتور / شعبان محمد إسماعيل ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- (٢) الإجماع أستاذنا الدكتور / علي جمعة - طبعة دار النهار - القاهرة ١٩٩٥ م .
- (٣) الإجماع ابن المنذر ت ٣١٨ ، تحقيق دكتور / فؤاد عبد المنعم ، طبعة مركز الإسكندرية للكتاب بدون تاريخ .
- (٤) الإجماع بين النظرية والتطبيق الدكتور / أحمد حمد ، طبعة دار القلم ، الكويت ، الطبعة الأولى .
- (٥) الإجماع فني الشريعة الإسلامية للشيخ / على عبدالرازق ، طبعة دار الفكر العربي بدون تاريخ .
- (٦) الأحكام في أصول الأحكام سيف الدين الأمدي ت ٣٣١ هـ ، طبعة الحلبي .
- (٧) إرشاد الفحول محمد بن على الشوكاني ت ١٢٥٥ هـ ، طبعة دار الفكر بدون تاريخ .
- (٨) أسباب اختلاف الفقهاء الشيخ / على الخفيف ، طبع معهد الدراسات العربية العالية ، ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م .
- (٩) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين السيوطي ت ٩١١ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- (١٠) أصول التشريع الإسلامي للشيخ / على حسب الله ، مطبعة العلوم ، الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ - ١٩٥٢ .
- (١١) أصول السرخسي أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ت : ٤٣٠ هـ تحقيق أبي الوفا المراغي مطابع دار الكتاب العربي بالقاهرة ونشر بحثه إحياء

- المعارف النعمانية بحيدر أباد ، الدكن ، وهناك طبعة أخرى ، طبعتها دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٤ - ١٩٩٣ م .
- (١٢) الأصول العلمية للنفقة المقارن ، الدكتور محمد ثقي الحكيم ، طبعة دار الأندلس للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون تاريخ .
- (١٣) أصول الفقه الإسلامي الدكتور / زكريا البري نشر دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ١٩٧٧ م .
- (١٤) أصول الفقه الإمام محمد أبو زهرة ، طبعة دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .
- (١٥) أصول الفقه للشيخ / محمد أبي النور زهير ، طبعة المكتبة الأزهرية للتراث ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ ، وهناك طبعة أخرى اعتمدنا عليها كذلك ، طبعة دار الطباعة المحمدية بالقاهرة .
- (١٦) أصول الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور / محمد أحمد سراج نشر منشأة المعارف الأسكندرية ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .
- (١٧) أصول الفقه المرحوم الشيخ / محمد الخضري منشورات دار المعارف للطباعة والنشر ، سوسة ، تونس ١٩٨٩ م .
- (١٨) الاعتصام للإمام أبي إسحاق الشاطبي ت ٧٩٠ هـ ، ضبطه الأستاذ / أحمد عبدالشافى ، طبعة المجموعة الدوائية للطباعة ، الطبعة الثانية ١٤١١ - ١٩٩١ م .
- (١٩) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ت ٧٥١ هـ تحقيق عصام الدين الصبابي ، طبعة دار الحديث ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- (٢٠) البحر المحيط - بدر الدين الزركشي ت ٧٩٤ هـ قام بتحريره عبدالقادر عبدالله العاني وراجعته د/ عمر سليمان الأشقر ، طبعة دار الصفاة ، مصورة عن طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت ، الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
- (٢١) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين عبدالملك الجويني ٤٧٨ هـ تحقيق عبدالعظيم الديب ، طبع مطابع الدوحة ، قطر ١٣٩٣ هـ .

(٢٢) تاريخ التشريع الإسلامي / ن.ج. كلسون ، ترجمة أسـتانـانـا
الدكتور/محمد أحمد سراج ، طبعة دار العروبة ، الكويت ، الطبعة
الأولى ١٤٠٢-١٩٨٢ م .

(٢٣) التبصرة في أصول الفقه لأبي إسحاق الشيرازي ت ٤٧٦ تحقيق
محمد حسن هيتو ، طبعة دار الفكر بدمشق ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠ م .

(٢٤) تخريج الفروع على الأصول لشهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني
ت ٦٥٦هـ تحقيق محمد أديب صالح ، طبعة مؤسسة الرسالة ، الطبعة
الرابعة ١٤٠٢ - ١٩٨٢ م .

(٢٥) تسهيل الحصول على قواعد الأصول العلامة محمد أمين سويد
الدمشقي ت ١٣٥٥ هـ ، تحقيق دكتور / مصطفى سعيد الخن ، طبعة
دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩١ م .

(٢٦) تشنيف المسامع بجمع الجوامع الإمام الزركشي بدرالدين محمد بن
بهادر ت ٧٩٤ هـ تحقيق د.عبدالله ربيع ، د. سيد عبدالعزيز ، طبعة
مؤسسة قرطبة ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ .

(٢٧) التلويح على التوضيح للإمام سعدالدين التفتازاني ت ٧٩٢ هـ ،
الطبعة الأولى ، بالمطبعة الأميرية بمصر ١٣٢٢هـ .

(٢٨) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، جمال الدين الأسنوي ت
٧٧٢ هـ ، تحقيق دكتور/ محمد حسن هيتو ، طبعة مؤسسة الرسالة ،
الطبعة الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

(٢٩) التنظير الفقهي ، دكتور/ جمال الدين عطية ، محاضرات أقيمت على
طلاب كلية الشريعة ، جامعة قطر الطبعة الأولى ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م .

(٣٠) التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ت ٧٤٧
هـ ، الطبعة الأولى ، بالمطبعة الأميرية ١٣٢٢هـ .

(٣١) تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحنفي ، شرح كتاب التحرير
للكمال بن الهمام الحنفي ت ٨٦١هـ ، طبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٠ هـ .

(٣٢) حاشية العلامة البناني على شرح جلال الدين المحلي على متن جمع الجوامع لتاج الدين بن السبكي ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م .

(٣٣) حاشية التفتازاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب العلامة سعد الدين التفتازاني ت ٧٩٢هـ ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

(٣٤) حاشية السيد الشريف الجرجاني على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب وهي مطبوعة مع حاشية التفتازاني السابقة الكليات الأزهرية ١٣٩٣-١٩٧٣م .

(٣٥) الحكم الشرعي عند الأصوليين لأستاذنا الجليل الدكتور/علي جمعة ، طبعة دار الهداية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

(٣٦) دروس في علم أصول الفقه السيد محمد باقر الصدر ، طبعة دار الكتاب اللبناني بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٠م .

(٣٧) الرسالة للإمام الشافعي ت ٢٠٤هـ تحقيق الشيخ أحمد شاكر ، طبعة دار التراث ، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

(٣٨) روضة الناظر وجنة المناظر للإمام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠هـ ، بدون بيانات .

(٣٩) شرح تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين القرافي ٦٨٤هـ ، تحقيق طه عبدالرؤوف سعد ، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٤٠) شرح طلعة الشمس للسالمي ، طبع على نفقة الشيخ / سالم بن سلطان الرياني ومعه بهجة الأنوار شرح أنوار العقول في التوحيد، والحجج المقنعة في أحكام صلاة الجمعة ، طبعة مطبعة الموسوعات باب الخلق بالقاهرة ، بدون تاريخ .

(٤١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ، عضد الملة والدين الأيجي ت ٧٥٦هـ ، وهو مع حاشية التفتازاني والشريف الجرجاني الكليات الأزهرية ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م .

(٤٢) شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحى ت ٩٧٢هـ تحقيق د. محمد الزحيلي ، د. نزيه حماد ، طبعة مكتبة العبيكان ، الرياض ١٤١٣-١٩٩٣م

(٤٣) شرح اللمع لأبي إسحاق الشيرازي ت ٤٧٦هـ ، تحقيق عبدالمجيد تركي ، طبعة دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٤٠٨ - ١٩٨٨م .

(٤٤) شرح أحمد بن قاسم العبادي على شرح جلال الدين المحلي على الورقات في الأصول للإمام الجويني ، طبعة دار الفكر ، وهو مطبوعة بهامش إرشاد والفحول السابق .

(٤٥) علم أصول الفقه العلامة عبد الوهاب خلاف طبعة مكتبة الدعوة الإسلامية ، القاهرة ، الطبعة الثامنة .

(٤٦) فتح الغفار بشرح المنار زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري ت ٩٧٠هـ ، طبع مصطفى الحلبي بمصر ١٣٥٥هـ .

(٤٧) الفروق للإمام شهاب الدين القرافي ت ٦٨٤هـ ، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ ، وبهامشه .

(٤٨) الفصول في الأصول الإمام الرازي الجصاص ت ٣٧٠هـ ، تحقيق د. عجيل جاسم النشمي ، طبعة وزارة الأوقاف - الكويت ، الطبعة الثانية ، الكويت ١٤١٤ - ١٩٩٤م .

(٤٩) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي محمد بن الحسن الحجوي ت ١٣٧٦هـ طبعة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

(٥٠) فواتح الرحموت للعلامة عبدعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري شرح مسلم الثبوت لابن عبد الشكور ت ١١١٩هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق ١٣٢٢هـ ، مطبوع بهامش المستصفي للغزالي .

(٥١) قضية تجديد أصول الفقه لأستاذنا الجليل الدكتور/ علي جمعة ، طبعة دار الهداية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

(٥٢) القواعد لأبي عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ ت ٧٥٨هـ تحقيق أحمد بن عبدالله بن حميد نشر معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، مكة المكرمة .

(٥٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ، للعز بن عبدالسلام ت ٦٦٠هـ ، مراجعة طه عبدالرؤوف سعد ، طبعة الكليات الأزهرية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

٥٤) قواعد الأصول ومعاقد الفصول ، العلامة صفى الدين عبدالمؤمن بن عبدالحق البغدادي الحنبلي ت ٧٣٩هـ مع تعليقات الشيخ جمال الدين القاسمي ت ١٣٣٢هـ تحقيق أحمد مصطفى الطهطاوي ، طبعة دار الفضيلة ، القاهرة ، بدون تاريخ .

٥٥) القواعد والفوائد الأصولية ، لأبي الحسن علاء الدين بن اللحام ت ٨٠٣هـ تحقيق محمد الفقي ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، ورجعنا لطبعة أخرى في السنة المحمدية بالقاهرة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م .

٥٦) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي لعلاء الدين بدر بن عبدالعزيز بن أحمد البخاري ت ٧٣٠هـ ، مطبعة سعادات باستنبول ١٣٠٨هـ .

٥٧) اللمع في أصول الفقه لأبي إسحاق الشيرازي ت ٤٧٦هـ ، طبعة مصطفى الحلبي القاهرة ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م .

٥٨) المدخل لأستاذنا الدكتور/ على جمعة ، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

٥٩) مدخل إلى أصول الفقه المالكي دكتور/ محمد المختار ولد أباه تقديم الشيخ/محمد الشاذلي النيفر ، طبعة الدار العربية للكتاب ، بدون تاريخ .

٦٠) مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي لأستاذنا الجليل الدكتور/محمد أحمد سراج ، طبعة مكتبة سعد سمك ١٩٩٥م .

٦١) المجموع المذهب في قواعد المذهب - الحافظ العلائي ت ٧٦١ هـ تحقيق د. محمد عبدالغفار الشريف ، طبعة وزارة الأوقاف - الكويت ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م .

٦٢) المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين الرازي ت ٦٠٦هـ ، تحقيق دكتور/ طه جابر العلواني ، طبعة مؤسسة الرسالة وعدنا لطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ١٤٠٠هـ .

٦٣) المختصر في أصول الفقه لابن اللحام ت ٨٠٣ هـ ، تحقيق الدكتور/محمد مظهر بقا ، طبعة مركز البحث العلمي بكلية الشريعة بمكة المكرمة ١٤٠٠ - ١٩٨٠م .

٦٤) المستصفى في علم الأصول لأبي حامد الغزالي ت ٥٠٥ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق ١٣٢٢ ، وبهامشه فوائح الرحمت السابق .

٦٥) المسودة في أصول الفقه الإمام مجد الدين عبدالسلام عبدالله شهاب الدين عبدالحليم بن عبدالسلام وشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبدالحليم ت ٧٢٨ هـ ، جمعها أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحراني ت ٧٤٥ هـ ، طبعة المدني بالقاهرة ١٣٨٤ هـ ، ١٩٦٤ م .

٦٦) مصادل التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه العلامة عبد الوهاب خلاف طبعة دار القلم ، الكويت ، الطبعة السادسة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

٦٧) المصطلح الأصولي ومشكلة المفاهيم لأستاذنا الجليل الأستاذ الدكتور/ على جمعة ، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .

٦٨) المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري ت ٤٣٩ هـ ، تحقيق الشيخ خليل الميس ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

٦٩) مفتاح الأصول في بناء الفروع على الأصول الإمام أبي عبدالله محمد بن أحمد المالكي الشريف التلمساني ، تحقيق أحمد عز الدين عبدالله خليف الله ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

٧٠) مناظرات في أصول الشريعة الإسلامية بين ابن حزم والباجي ، دكتور/ عبدالمجيد تركي ، ترجمة أستاذنا الدكتور/ عبدالصبور شاهين ، مراجعة الدكتور/ عبدالحليم محمود ، طبعة دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

٧١) مناهج العقول في شرح مناهج الوصول للإمام محمد بن الحسن البدخشي ، طبع مطبعة محمد علي صبيح (مطبوع مع نهاية السؤل) .

(٧٢) المنحول من تعليقات الأصول لحجة الإسلام الغزالي ت ٥٠٥ ،
تحقيق محمد حسن هيتو ، مطبعة دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الأولى
١٣٩٠ هـ — ١٩٧٠ م .

(٧٣) منهاج الوصول إلى علم الأصول للإمام عبدالله بن عمر البيضاوي
ت ٦٨٥ تحقيق محي الدين عبدالحميد ، مطبعة السعادة ، الطبعة
الأولى ١٣٧٠ هـ — ١٩٥٠ م .

(٧٤) الموافقات للإمام الشاطبي ، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى ت
٧٩٠ هـ فيصل عيسى الحلبي - القاهرة - بدون تاريخ .

(٧٥) نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ، للإمام جمال الدين عبدالرحيم
الأسنوي ت ٧٧٢ هـ ، مطبوع مع منهاج العقول للبدرخي ، مطبعة
محمد علي صبيح بالقاهرة .

(٧٦) الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية للشيخ/محمد صالح
الفرفور ، طبعة دار الإمام الأوزاعي ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

(٧٧) الوجيز في أصول الفقه للدكتور/عنى الكريم زيدان ، مطبعة سلمان
الأعظم ببغداد ، الطبعة الخامسة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م .

رابعاً : كتب التراث الفقهي :

﴿ أ = لأحناف ﴾

(١) الاختيار لتعليل المختار ، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ت ٦٨٣هـ ، طبع على نفقة الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، زين الدين بن نجم المصري ت ٩٧٠هـ وبهامشه الحواشي المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ١٢٥٢ طبعة المطبعة العلمية ، الطبعة الأولى بدون تاريخ، والكنز للنسفي ت ٧١٠هـ .

(٣) بدائع الصنائع الكاساني - علاء الدين أبو بكر بن مسعود ت ٥٨٧هـ ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ، الطبعة الأولى .

(٤) البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني تصحيح المولودي محمد عمر طبعة دار الفكر الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

(٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ت ٧٤٣ ، والكنز للإمام النسفي ت ٧١٠هـ في المطبعة الأميرية ١٣١٣هـ .

(٦) تحفة الفقهاء للسمرقندي أبي بكر علاء الدين محمد بن أحمد ت ٣٧٢هـ ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥ ، وقد رجعنا كذلك للطبعة التي حققها الدكتور/ محمد زكي عبدالبر ، ونشرت في دمشق ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م .

(٧) العناية على الهداية للإمام أكمل الدين البابرني ٧٨٦ ن ومعه حاشية سعد الله بن عيسى المعروف بسعدي أفندي ت ٩٤٥هـ طبعة دار الفكر وهما مطبوعان مع فتح القدير الآتي .

(٨) فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام ت ٦٨١هـ ، على الهداية شرح بداية المبتدي للإمام المرغيناني ت ٥٩٣هـ ، طبعة دار الفكر ، بيروت ، بدون تاريخ .

٩) لسان الحكام في معرفة الأحكام للإمام أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن المعروف بابن الشحنة ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٩٣ - ١٩٧٣ م ، وهو مطبوع مع معين الحكام الآتي .

١٠) المبسوط أو الأصل محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٩ هـ ، صححه أبو الوفا الأفغاني منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي - باكستان .

١١) المبسوط للسرخسي شمس الدين محمد بن أحمد ت ٤٨٣ هـ ، طبعة مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٤ ، الطبعة الأولى ، ورجعنا طبعة أخرى في دار المعرفة بيروت ١٤٠٦ هـ في ٣٠ جزء .

١٢) مجموعة رسائل ابن عابدين - محمد بن أمين ت ١٢٥٢ هـ طبعة عالم الكتب ، بدون تاريخ .

١٣) مختصر القدوري لأبي الحسين أحمد ت ٤٢٨ هـ تحقيق كامل محمد محمد عويضة ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ .

١٤) معين الحكام للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م ، ومعه لسان الحكام لأبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن المعروف بابن الشحنة .

﴿ ب = المالكية ﴾

١) اختلاف قول مالك وأصحابه لابن عبد البر مخطوط في ٣٨ ورقة بمعهد المخطوطات العربية .

٢) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك ، شهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر المالكي البغدادي ، وبهامشة تقارير للشيخ إبراهيم بن حسن الإنجابي الأزهرري ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثالثة ، بدون تاريخ .

- (٣) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ابن عبد البر القرطبي ت ٤٧٣هـ - تحقيق دار الوعي ، حلب ، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- (٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ت ٥٩٥ هـ - طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة العاشرة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- (٥) بلغة السالك لأقرب المسالك الشيخ/ أحمد بن محمد الصاوي ت ١٢٤١ هـ - طبعة عيسى الحلبي ، بدون تاريخ .
- (٦) التاج والإكليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف المواق ت ٨٩٧ هـ ، طبعة دار الفكر - بيروت ، وهو مطبوع بهامش مواهب الجليل الآتي .
- (٧) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، لابن عبد البر ت ٤٦٣ هـ - تحقيق سعيد أعراب ، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، المملكة المغربية ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م .
- (٨) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ٣٦٣ هـ ، طبعة دار الفتح بمصر بدون تاريخ .
- (٩) حاشية الإمام الرهوني ت ١٢٣٠ هـ - على شرح الزرقاني ت ١٠٩٩ هـ على مختصر خليل ت ٧٦٧ هـ ، وبهامشه حاشية المدني على كنون ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، مصورة عن الطبعة الأميرية ببولاق ١٣٠٦ هـ .
- (١٠) رسالة ابن أبي زيد القيرواني ت ٣٨٦ هـ وبهامشها الثمر الداني في تقريب المعاني للشيخ/ صالح عبدالسميع الأببي الأزهرى ، طبع مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٦٣-١٩٤٤ م .
- (١١) شرح الشيخ / زروق - أحمد بن محمد ت ٨٩٩ هـ على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ت ٣٨٦ هـ ، ومع شرح العلامة ابن ناجي التتوخي ٨٣٧ هـ ، طبعة دار الفكر ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
- (١٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير ت ١٢٠١ هـ ، طبعة المعاهد الأزهرية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ورجعنا لطبعة أخرى بهامشها حاشية العلامة الصاوي ت ١٢٤١ هـ ، طبعة دار المعارف بمصر ١٣٩٣ هـ .

(١٣) الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدريز ت ١٢٠١ هـ - على مختصر سيدي أبي الضياء خليل ت ٧٧٦ هـ ، ومعه حاشية محمد عرفة الدسوقي ت ١٢٣٠ وتقريرات الشيخ/ محمد عيش ت ١٢٩٩م ، طبعة عيسى البابي الحلبي ، بمصر .

(١٤) شرح متن العشماوية في فقه السادة المالكية ، الشيخ أحمد بن تركي المالكي ، طبعة دار القلم ، دبي ، الإمارات ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

(١٥) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد أحمد عيش ت ١٢٩٩ هـ ، وطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م .

(١٦) القوانين الفقهية لابن جزي - محمد بن أحمد ت ٧٤١ هـ ضبطه وصححه محمد أمين الضناوي ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

(١٧) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله ت ٤٦٣ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

(١٨) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، طبعة دار الفكر ، بدون تاريخ .

(١٩) المعيار المعرب والجامع المغرب لأبي العباس الوئشريسي ت ٩١٤ هـ - إشراف د/ محمد حجي نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، بالمملكة المغربية ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

(٢٠) المقدمات الممهّدات لابن رشد الجدت ٥٢٠ هـ ، طبعة دار الفكر بدون تاريخ ، وهو مطبوع مع كتاب المدونة السابق ذكره .

(٢١) المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ت ٤٩٤ هـ ، طبع مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى ١٣٣١ هـ .

(٢٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطّاب ت ٩٥٤ هـ طبعة دار الفكر بيروت بدون تاريخ ، وبهامشه التاج والإكليل للمواق السابق ذكره .

ج = الشافعية

- (١) الأم الإمام محمد بن إدريس الشافعي ت ٢٠٤هـ ، طبعة دار الغد العربي ، الطبعة الأولى ١٩٨٩ - ١٤٠٩ م .
- (٢) بغية الباحث في الموارد (الرحبية) أبو عبدالله الرحبي الشافعي ت ٥٧٧ هـ ، طبعة دار الفكر دمشق .
- (٣) التنبيه لأبي إسحاق الشيرازي ت ٤٧٦ هـ تحقيق عماد الدين أحمد حيدر ، طبعة عالم الكتب بيروت ١٤٠٣ هـ .
- (٤) روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ت ٦٧٦ هـ ، طبع المكتب الإسلامي دمشق ١٤٠٥ هـ .
- (٥) السراج على متن المنهاج للنووي تأليف الشيخ/ محمد الزهري الغمراوي ، طبعة الحلبي ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م .
- (٦) عمدة السالك وعدة الناسك للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن لؤلؤ المشهور بابن النقيب المصري ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأخيرة ١٣٥٧-١٩٣٩ .
- (٧) غاية الاختصار في فقه الشافعي [متن الغاية والتقريب للقاضي أبي شجاع الحسين بن أحمد ت ٤٨٨ و. الطبعة الثالثة ١٣٧٤ - ١٩٥٥ ، طبعة مصطفى الحلبي .
- (٨) متن الزبد لابن رسلان أحمد بن رسلان الشافعي ، طبعة مصطفى الحلبي ١٣٤٢ هـ .
- (٩) المجموع شرح المذهب الإمام النووي ت ٦٧٦ هـ تحقيق د. محمود مطرحي دار الفكر بيروت ١٤١٧ هـ وقد رجعنا لطبعة أخرى تضمنت فتح العزيز للرافعي ت ٦٢٣ هـ وتلخيص الحبير لابن حجر طبعة إدارة الطباعة المنيرية بمصر .
- (١٠) مختصر المزني إسماعيل بن يحيى ت ٢٦٤ هـ طبعة دار الغد العربي الطبعة الأولى ١٩٨٩ م - ١٤٠٩ هـ .

- (١١) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج الشيخ محمد الشربيني الخطيب. طبعة مصطفى الحلبى ١٢٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- (١٢) المذهب للشيرازى - أبى إسحاق ٤٧٦هـ طبعة دار الفكر بيروت فى مجلدين.
- (١٣) مواهب الصمد فى حل ألفاظ الزيد أحمد بن حجازى الفشنى ، طبعة مصطفى الحلبى ، الطبعة الثالثة ١٢٥٧هـ - ١٩٣٨م.
- (١٤) الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى لحجة الإسلام أبى حامد الغزالى ت ٥٠٥هـ ضبطه خالد العطار طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- (١٥) الوسيط للإمام أبى حامد الغزالى ت ٥٠٥هـ تحقيق أحمد محمود إبراهيم - محمد محمد تامر طبعة دار السلام القاهرة الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

﴿ هـ = الحنابلة ﴾

- (١) الإنصاف لعلاء الدين المرداوى ت ٨٨٥ هـ ، تحقيق محمد حامد الفقى، طبعة دار إحياء التراث العربى ، بيروت .
- (٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع ، الروض للشيخ /منصور البهوتى، والزاد لأبى النجا الحجاوى ، تصحيح أحمد محمد شاكر ، على محمد شاكر ، طبعة دار التراث ، القاهرة ، بدون تاريخ .
- (٣) العدة شرح العمدة ، بهاء الدين بن قدامة المقدسى ٦٢٤ هـ ، طبعة مؤسسة قرطبة ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- (٤) الفتاوى الكبرى ابن تيمية ، تقى الدين أحمد بن عبدالحليم ت ٧٢٨ هـ، طبعة دار الغد العربى ، الطبعة الثالثة ، بدون تاريخ .
- (٥) الفروع لابن مفلح ت ٧٦٣ هـ ، طبعة عالم الكتب بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م .
- (٦) كشاف القناع للشيخ منصور البهوتى ت ١٠٥١هـ - تحقيق هلال مصلى مصطفى هلال طبعة دار الفكر بيروت ١٤٠٢ هـ .
- (٧) المبدع شرح المقنع لابن مفلح أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ت ٨٨٤ هـ ، طبعة المكتب الإسلامى بيروت ١٩٨٠م .

٨) مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ت : ٧٢٨ هـ جمع وترتيب الشيخ/عبدالرحمن النجدي ، طبعة خدام الحرمين الملك فهد بإشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين ، بدون تاريخ .

٩) المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة ت : ٦٢٠ هـ ، طبعة دار الفكر بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، وقد رجعنا في بعض المسائل لطبعة هجر تحقيق الدكتور عبدالله التركي ، والدكتور/ عبدالفتاح الحلو .

﴿ = الفقه الظاهري ﴾

١) المحلى لابن حزم الظاهري أبي محمد علي بن حزم ت ٤٥٦ هـ تحقيق أحمد شاكر ، طبعة مكتبة دار التراث ، بدون تاريخ .

٢) مراتب الإجماع لابن حزم ، أبي محمد ابن أحمد ت ٤٥٦ هـ ومعه نقد مراتب الإجماع لابن تيمية ت ٧٢٨ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت ، بدون تاريخ .

خامساً - الدراسات الفقهية العامة والمعاصرة:

- (١) ابن عبد البر وجهوده في التاريخ ليث سعود جاسم ، طبعة الوفاء بالمنصورة .
- (٢) أحكام الذميين والمستأمنين ، للدكتور/ عبدالكريم زيدان طبعة مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
- (٣) أحكام الموارد الشيخ/ مصطفى شلبي .
- (٤) أحكام المرأة في القصاص والدية لأستاذنا الدكتور/ عبداللطيف عامر نشر مكتبة وهبة ، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
- (٥) البحث الفقهي لأستاذنا الجليل الدكتور/ إسماعيل سالم رحمه الله - نشر مكتبة الزهراء ، الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .
- (٦) التشريعات المالية في فقه عمر بن الخطاب لأستاذنا الجليل الدكتور/ محمد بلتاجي ، طبعة مكتبة الشباب ، القاهرة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .
- (٧) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .
- (٨) دراسات عن ابن حزم لأستاذنا الدكتور، الطاهر مكي ، طبعة دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- (٩) دراسات فني السنة لأستاذنا الجليل العلامة/ محمد بلتاجي ، طبعة مكتبة الشباب ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .
- (١٠) الربا ودوره في استغلال موارد الشعوب ، دكتور/ عيسى عبده ، طبعة دار الاعتصام ، الطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .
- (١١) رخص ابن عباس ومفرداته لأستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم رحمه الله - طبعة دار النصر للتوزيع والنشر ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- (١٢) عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .

- ١٣) الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبة الزحيلي ، طبعة دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- ١٤) فوائد البنوك هي الربا الحرام ، الدكتور/ يوسف القرضاوي ، طبعة دار الوفاء ، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .
- ١٥) في أحكام التركات - الميراث والوصية ، لأستاذنا الدكتور/ محمد إبراهيم شريف ، طبعة دار الثقافة العربية ١٤١١هـ - ١٩٩٠م ، الطبعة الأولى .
- ١٦) المال في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الجليل الدكتور/ أحمد يوسف ، نشر مكتبة الزهراء بالقاهرة ، بدون تاريخ .
- ١٧) مدخل إلى الدراسات القرآنية لأستاذنا الجليل د/ محمد بلتاجي ، طبعة مكتبة الشباب ١٩٨٧م .
- ١٨) مكانة المرأة في الإسلام لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي ، طبعة مكتبة الشباب الطبعة الأولى .
- ١٩) الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي لأستاذنا الجليل د/ محمد بلتاجي ، طبعة مكتبة الشباب - القاهرة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م .
- ٢٠) مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري لأستاذنا الجليل الدكتور/ محمد بلتاجي ، طبعة لجنة البحوث والتأليف والترجمة والنشر بجامعة محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الأولى ١٣٩٧-١٩٧٧م .
- ٢١) منهج عمر بن الخطاب في التشريع لأستاذنا الجليل الدكتور/ محمد بلتاجي ، طبعة دار الفكر العربي - القاهرة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م .
- ٢٢) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي تأليف سعدي أبو حبيب ، طبعة دمشق ، الطبعة الثالثة ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- ٢٣) نظرية الربا المحرم في الشريعة الإسلامية ، الدكتور/ إبراهيم زكي الدين بدوي ، طبعة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية - ببغداد .
- ٢٤) نفاء الرجم وفقه آية التنصيف لأستاذنا الدكتور/ إسماعيل سالم رحمه الله - طبعة مكتبة النصر بالقاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٩٢م .
- ٢٥) يوسف بن عبد البر القرطبي - سلسلة أعلام التربية في تاريخ الإسلام رقم ٢ تأليف دكتور /عبدالرحمن النحلاوي ، طبعة دار الفكر دمشق ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، الطبعة الأولى .

سادساً - كتب التاريخ والسير والتراجم :

- (١) الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر ت ٤٦٣ هـ ، تحقيق على محمد البجاوي ، طبع في مكتبة نهضة مصر ، وله طبعة أخرى في حيدر آباد ١٣٣٦ هـ في جزئين .
- (٢) الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء أبو يوسف بن عبد البر القرطبي ت ٤٦٣ هـ ، طبعة مكتبة القدس بالقاهرة ١٣٥٠ هـ .
- (٣) إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون إسماعيل باشا ، طبع بعناية وكالة المعارف الجلييلة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م .
- (٤) البداية والنهاية لابن كثير ، أبي الفداء إسماعيل بن كثير ، تحقيق دكتور أحمد أبو ملحم ، على نجيب عطوة ، طبعة دار الريان للتراث.
- (٥) بغية الملتبس لأحمد بن يحيى الضبي ت ٥٩٩ هـ .
- (٦) تقريب التهذيب لابن حجر العسقلاني ت ٨٥٢ تحقيق عبدالوهاب عبداللطيف ، طبعة دار المعرفة بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٥ م .
- (٧) جذوة المقتبس الحميدي أبي عبدالله محمد بن أبي نصر الحميدي ت ٤٨٨ هـ ، طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة ١٩٦٦ م .
- (٨) الدرر في اختصار المغازي والسير لابن عبد البر ت ٤٦٣ هـ تحقيق الدكتور/ شوقي ضيف ، طبعة دار المعارف القاهرة .
- (٩) الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون ، وبهامشه نيل الابتهاج بتطريز الديباج أحمد بن بابا التبتكتي ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت .
- (١٠) الرسالة المستطرفة السيد الشريف/ محمد بن جعفر الكتاني ت ١٣٤٥ هـ طبعة دار البشائر الإسلامية .
- (١١) سير أعلام النبلاء وبهامشه أحكام الرجال في ميزان الاعتدال شمس الدين الذهبي ت ٧٤٨ ، تحقيق محب الدين العمروي ، طبعة دار الفكر ، بدون تاريخ .

- ١٢) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية العلامة محمد بن محمد مخلوف ، طبعة دار الفكر بدون تاريخ .
- ١٣) شذرات الذهب أبو الفلاح عبدالحى بن العماد الحنبلي ت ١٠٨٩ هـ - طبعة دار الفكر .
- ١٤) الصلاة لأبي القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال ت ٥٧٨ هـ - طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة ١٩٦٦ م .
- ١٥) العبر في خبر من غبر الإمام الذهبي ت ٧٤٨ هـ تحقيق فؤاد سيد طبع دائرة المطبوعات والنشر بالكويت ١٩٦١ م .
- ١٦) فهرسة ابن خير الإشبيلي أبو بكر محمد بن خير الإشبيلي طبع في مدينة سرقسطة بمطبعة قومنش ١٨٩٣ م .
- ١٧) كشف الظنون - حاجي خليفة ، طبعة دار الكتب العلمية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
- ١٨) مرآة الجنان وعبرة اليقظان أبو محمد عبدالله الياقعي ت ٧٦٨ هـ - منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان .
- ١٩) مطمع الأنفس ، الفتح بن خاقان ، طبع بمطبعة السعادة مصر ، بدون تاريخ .
- ٢٠) معجم المؤلفين عمر رضا كحالة طبعة مؤسسة الرسالة .
- ٢١) المغرب في حلى المغرب ابن سعيد الأندلسي تحقيق دكتور / زكي حسن ، دكتور / شوقي ضيف ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٥٣ م .
- ٢٢) نفح الطيب المقرئ ، تحقيق دكتور / إحسان عباس ، طبعة دار الفكر بدون تاريخ .
- ٢٣) هدية العارفين بأسماء المؤلفين ، وآثار المصنفين إسماعيل باشا البغدادي ، طبع بعناية وكالة المعاف الجليلة ، استانبول ١٩٥٥ م .
- ٢٤) وقفيات الأعيان لابن خلكان ، تحقيق دكتور / إحسان عباس .

سابعاً = رسائل علمية غير مطبوعة :

- (١) اتفاقات ابن رشد الحفيد في الأحوال المدنية والجنايئة من خلال كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وجيه عبدالقادر الشيمي ، المعيد بكلية الدراسات العربية والإسلامية - دار العلوم - بالفيوم ، وهي رسالة ماجستير غير مطبوعة ٨٠٦١ .
- (٢) اتفاقات ابن رشد الحفيد من خلال كتابه بداية المجتهد ، دراسة فقهية مقارنة في العبادات والأحوال الشخصية رسالة دكتوراة غير مطبوعة بمكتبة كلية دار العلوم ، للطالب الليبي/ أمين عبدالحفيظ الرغروغي ، نوقشت ١٩٩٦م .
- (٣) ابن عبد البر وأثره في الحديث والفقه رسالة ماجستير على الآلة الناسخة رقم ٤٧ بمكتبة كلية دار العلوم ، لإسماعيل الندوي .
- (٤) إجماعات ابن عبد البر في العبادات جمعاً ودراسة وهي رسالة ماجستير للطالب/ عبدالله بن مبارك بن عبدالله البوصي وهو مقدم لكلية الشريعة بالرياض جامعة الإمام محمد بن سعود وبإشراف الأستاذ الدكتور/ صالح بن عبدالرحمن الأطرم وهي غير مطبوعة .
- (٥) الإجماع في الفقه الإسلامي ، رسالة على الآلة الناسخة بمكتبة كلية دار العلوم رقم ٨١٦ صلاح الدين عبدالعزيز شلبي .
- (٦) الحافظ ابن عبد البر وكتابه الكافي في الفقه الطالب / محمد بن محمد أحيّد الماديك الموريتاني رقم ٢٧٣ إشراف أ.د محمد شعبان حسين وأجيزت عام ١٩٧٦ بمركز صالح كامل .
- (٧) الفكر الفقهي للإمام الغزالي رسالة دكتوراة غير مطبوعة بمكتبة كلية دار العلوم لأستاذنا الدكتور/ محمد أحمد سراج رقم ٧٣٢ .
- (٨) مدرسة الحديث في الأندلس وإمامها ابن عبد البر الطالب/ صالح أحمد رضا إشراف الشيخ/ شاكّر محمود عطية في ٤٧٣ ورقة مسلسل ٢١ بكلية أصول الدين ، بالأزهر الشريف ، ميكروفيلم ١/٥٩١/٣ .

٩) مدى حجية الأدلة الاجتهادية المختلف عليها في الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراة غير مطبوعة بمكتبة كلية دار العلوم وهي بإشراف أستاذنا الجليل الأستاذ الدكتور/ محمد بلتاجي .

١٠) منهج الفخر الرازي في أصول الفقه رسالة ماجستير للطالب/ سمير عبد الحميد موسى الحسيني المعيد بقسم الشريعة الإسلامية بكلية الدراسات العربية والإسلامية بالفيوم ، وهي غير مطبوعة .

ثامناً - المهاجر وكتب اللغة :

- (١) أنيس الفقهاء قاسم القونوي ت ٩٧٨ ، تحقيق الدكتور/ أحمد الكبيسي، طبعة دار الوفاء للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- (٢) التعريفات للجرجاني ، على بن محمد ت ٨١٦ هـ - تحقيق إبراهيم الإبياري ، طبعة دار الريان للتراث ، بدون تاريخ .
- (٣) القاموس المحيط لمجد الدين الفيروزابادي ت ٨١٦ هـ - ترتيب الطاهر أحمد الزاوي ، طبعة عيسى الحلبي ١٩٧١ م ، ورجعنا لطبعة أخرى بدار الفكر بيروت .
- (٤) لسان العرب لابن منظور ت ٧١١ تصحيح أمين محمد عبدالوهاب ، محمد الصادق العبيدي ، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .
- (٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لرافعي ، للإمام أحمد بن محمد بن علي الفيومي ت ٧٧٠ تحقيق الدكتور/ عبدالعظيم الشناوي ، طبعة دار المعارف ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ .
- (٦) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، دكتور/ نزيه حماد ، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
- (٧) المعجم الوسيط ، طبعة مجمع اللغة العربية ، القاهرة .

تاسماً: الدوريات :

(١) مجلة دار الحديث الحسنية المملكة المغربية العدد الثاني ١٤٠١هـ -
١٩٨١م ، والعدد الحادي عشر ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ، السنة الثامنة ، المحرم
١٣٥٧هـ ، مارس ١٩٣٨م .

(٣) مجلة الوعي الإسلامي ، عدة أعداد .

﴿ فهرس الآيات القرآنية ﴾

| م | الآية | رقم الآية | اسم السورة | الصفحة |
|------|-------------------------------------|-----------|------------|----------|
| (١) | قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين | ١١١ | البقرة | ٢٠٣ |
| (٢) | وكذلك جعلناكم أمة وسطاً | ١٤٣ | البقرة | ٥٣٢، ٤٢٤ |
| (٣) | والعبد بالعبد | ١٧٨ | البقرة | ٣١٢، ٣٠٤ |
| | | | | ٣١٧، ٣١٤ |
| (٤) | كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت | ١٨٠ | البقرة | ٢٣٤، ٢٢٧ |
| (٥) | ولا تأكلوا أموالكم بينكم | ١٨٨ | البقرة | ٣٣٦ |
| (٦) | والحرقات قصاص فمن اعتدى عليكم | ١٩٤ | البقرة | ٣٨٦ |
| (٧) | بالمعروف حقاً على المتقين | ٢٤١ | البقرة | ٣٥٠ |
| (٨) | فإن لم يكونا رجلين | ٢٥٢ | البقرة | ٣٥٠ |
| (٩) | وأحل الله البيع | ٢٧٥ | البقرة | ٨٥ |
| (١٠) | وإن كان ذو عسرة | ٢٨٠ | البقرة | ١٧٢ |
| (١١) | يأبىها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين | ٢٨٢ | البقرة | ٢٤٨، ١٢١ |
| | | | | ٣٥١ |
| (١٢) | يأبىها الناس انفقوا ربكم | ١ | النساء | ٣١٢ |
| (١٣) | فإن كن نساء فوق اثنتين | ١١ | النساء | ١٨٥، ١٨٤ |
| | | | | ١٨٨، ١٨٦ |
| | | | | ١٩٢، ١٨٩ |
| | | | | ٣٥٠، ٢٠٣ |
| | | | | ٥١٠ |
| (١٤) | وإن كان رجل يورث كلالة | ١٢ | النساء | ٢٠٩، ٢٠٨ |
| | | | | ٣٥١ |
| (١٥) | والمحصنات من النساء | ٢٤ | النساء | ٢٥٧ |
| (١٦) | ومن لم يستطع منكم طولاً | ٢٥ | النساء | ٢٤٧، ٢٤٥ |
| | | | | ٢٨٥، ٢٥٧ |
| | | | | ٢٨٧ |

| | | | | |
|------|--|-----|---------|--|
| (١) | ومن قتل مؤمناً خطأ | ٩٢ | النساء | ٣٥٣، ٣٠٤ ٥٢٩ |
| (٢) | ومن يشاقق الرسول | ١١٥ | النساء | ٤٢٤، ٤٢٢ ٤٣٩، ٤٢٦ ٥٣٢ ١٨٠ |
| (٣) | ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً | ١٤١ | النساء | ٢١٠، ١٨٥ |
| (٤) | فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك | ١٧٦ | النساء | ١٧٢، ١٦٨ |
| (٥) | يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود | ١ | المائدة | ٢٥٧ |
| (٦) | والمحصنات من المؤمنات | ٥ | المائدة | ٤٢٠ |
| (٧) | إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم | ٦ | المائدة | ٥١٩ |
| (٨) | أنه من قتل نفساً | ٣٢ | المائدة | ٢٩٦ |
| (٩) | إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله | ٣٣ | المائدة | ٢٧٣، ٢٧٢ |
| (١٠) | والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما | ٣٨ | المائدة | ٢٨٦، ٢٧٤ ٢٨٢، ٢٨١ |
| (١١) | فإن جاءوك فاحكم بينهم | ٤٢ | المائدة | ٥٢٨، ٤٠٦ |
| (١٢) | ومن لم يحكم بما أنزل الله | ٤٤ | المائدة | ٣٠٦، ٣٠٣ |
| (١٣) | وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس | ٤٥ | المائدة | ٣١٣، ٣٠٧ ٣١٧، ٣١٤ ٣٨٦، ٣٨٥ ٣٨٩، ٣٨٧ ٥٣٠، ٣٩٢ ٢٨٣، ٢٨١ |
| (١٤) | وأن أحكم بينهم بما أنزل الله | ٤٩ | المائدة | ٣١٩ |
| (١٥) | ولا تكسب كل نفس إلا عليها | ١٦٤ | الأنعام | ٢٠٣ |
| (١٦) | كما أخرج أبويكم من الجنة | ٢٧ | الأعراف | ١٨٤ |
| (١٧) | فاضربوا فوق الأعناق | ١٢ | الأنفال | ٣١٠ |
| (١٨) | ما على المحسنين من سبيل | ٩١ | التوبة | |

| | | | |
|----------|----------|--------|---|
| ٤١٥ | يونس | ٧١ | (١) فأجمعوا أمركم |
| ٤١٥ | يوسف | ١٥ | (٢) فلما ذهبوا (وأجمعوا) |
| ٤٨٧ | يوسف | ٧٢ | (٣) ولمن جاء به حمل بعير |
| ٣٥٥ | النحل | ١٢٦ | (٤) وإن عاقبتم فعاقبوا |
| ٣٠٧، ٣٠٥ | الإسراء | ٣٣ | (٥) ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه |
| ٣٠٧ | الكهف | ١٠٤ | (٦) وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا |
| ٢٩٧ | مريم | ٦٤ | (٧) وما كان ربك نسياً |
| ١٩٠ | الأنبياء | ٧٨ | (٨) وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث |
| ٥١٣ | الحج | ٢٥ | (٩) ومن يرد فيه بإلحاد بظلم |
| ٢٥٥، ٢٤٩ | النور | ٤ | (١٠) والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا |
| ٢٥٨ | | | |
| ٢٥٦ | النور | ١٩ | (١١) إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة |
| ٢٥٨ | النور | ٢٣ | (١٢) إن الذين يرمون المحصنات الغافلات |
| ٣٥٩، ٣٥٨ | الأحزاب | ٥ | (١٣) وليس عليكم جناح فيما أخطأتم |
| ٣٦٩ | | | |
| ١٩١، ١٩٠ | ص | ٢١ | (١٤) وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب |
| ١٩١ | الزخرف | ٣٢ | (١٥) نحن قسمنا |
| ٤٠٧ | الحجرات | ٢ | (١٦) أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون |
| ٣١٨ | الحجرات | ١٠ | (١٧) إنما المؤمنون إخوة |
| ٢٥٩ | الحجرات | ١٣ | (١٨) يأيها الناس إنا خلقناكم |
| ١٩١ | ق | ٢٤ | (١٩) ألقيا في جهنم كل |
| ٣٢٥، ٣١٩ | النجم | ٣٨ | (٢٠) ألا تزر وازرة وزر أخرى |
| ٣٥٠ | الطلاق | ٧ | (٢١) لينفق ذو سعة من سعته |
| ١٩١، ١٩٠ | التحریم | ٤ | (٢٢) فقد صغت قلوبكما |
| ٣٢٥ | المدثر | ٣٨ | (٢٣) كل نفس بما كسبت رهينة |
| ٤٣٧ | القيامة | ٢٣، ٢٢ | (٢٤) وجوه يومئذ ناضرة إلى ربها ناظرة |

﴿ فهرس الأحاديث النبوية ﴾

| رقم الصفحة | الحديث | م |
|------------|--|------|
| | (١) | |
| ١٩٢ | اثنان فما فوقهما جماعة | (١) |
| ١٥٩ ، ١٥٧ | احتجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأعطى الذي حجه | (٢) |
| ٩٤ | إذا اشتريت شيئاً فلا تتبعه | (٣) |
| ١٧١ | إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً | (٤) |
| ٣١٠ | إذا كان أحدكم في صلاته | (٥) |
| ٣٠٩ | إذا صلى أحدكم إلى ما يستره من الناس | (٦) |
| ١٤١ | إذا ضربت الحدود فلا شفعة | (٧) |
| ١٤١ | إذا قسمت الأرض وحدت الحدود | (٨) |
| ٧٧ | أرخص النبي صلى الله عليه وسلم في العرايا إذا كانت خمسة أوسق فدون | (٩) |
| ١٨١ | الإسلام يزيد ولا ينقص | (١٠) |
| ١٩٣ | اعدلوا بين أبنائكم | (١١) |
| ١٢٩ | أعرف عفاصها ووكاءها | (١٢) |
| ١٨٦ ، ١٨٣ | أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنتي سعد | (١٣) |
| ١٥٨ | اعلفه نواضحك | (١٤) |
| ٢٨٤ | أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم | (١٥) |
| ٢١٧ | ألا يرث القاتل من قتل | (١٦) |
| ١٢٥ | أمر رسول الله ﷺ بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام | (١٧) |
| ٥٤ | أمر الرسول ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع | (١٨) |
| ٢٢٥ | إن تترك ورثتك أغنياء | (١٩) |
| ٢٥٩ | إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأسراكم عليكم حرام .. | (٢٠) |
| ٣٦٦ | إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام | (٢١) |

| | | |
|-----------|---|------|
| ١٣٩ ، ١٣٨ | أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة | (٢٢) |
| ٣٠٢ | أنه ﷺ كان يقيد الأب من ابنه | (٢٣) |
| ٣١٥ | أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتاباً | (٢٤) |
| ٢٧٦ | أن رسول الله ﷺ وقت فيها نصف عشر الدية | (٢٥) |
| ٢٧٥ | أن في السن خمساً من الإبل | (٢٦) |
| ٣٧١ | إن قطع الذكر ففيه مائة ناقة | (٢٧) |
| ١٤٧ | إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل شئ ربع | (٢٨) |
| ٤٩ | إنما الربا في النسيئة | (٢٩) |
| ٣٩٥ | إنما هذا من إخوان الكهان | (٣٠) |
| ٨٩ | أن النبي ﷺ باع فيمن يزيد | (٣١) |
| ٣٣٧ | أن النبي ﷺ قضى أن تحمل العاقلة | (٣٢) |
| ٣٩٥ | أن النبي ﷺ قضى في المرأة بديتها على عصبة القاتل.. | (٣٣) |
| ٢٦١ | أنه ﷺ ضرب في الخمر بالجريد والنعال أربعين ... | (٣٤) |
| ٣٥٦ ، ٣١٤ | أن يهودياً رض رأس جارية | (٣٥) |

(ب)

| | | |
|-----------------|---|-----|
| ٩٠ ، ٨٩ | باع النبي ﷺ في بيع من يزيد | (١) |
| ٩١ ، ٩٠ ، ٨٩ | باع النبي ﷺ قدح وجلس الأنصارى بالمزاد | (٢) |
| ١٥٦ ، ١٥٥ ، ١٥٤ | البيعان بالخيار مالم يتفرقا | (٣) |
| ٥٧ | بيعوا الذهب بالفضة | (٤) |

(ث)

| | | |
|-----|--|-----|
| ٣٣٧ | الثلث كثير | (١) |
| ٢٢٥ | الثلث كثير ففيمادونه | (٢) |
| ١٣٢ | ثم عرفها سنه ، فإن لم تعرف فاستنفعها | (٣) |
| ١٣٢ | ثم عرفها سنة فإن لم يجئ صاحبها | (٤) |
| ١٥٧ | ثمن الكلب خبيث | (٥) |

(ج)

| | | |
|-----|--|-----|
| ٢٠٢ | الجنة والجنان السدس لأمزيد فيه سنة رسول الله ﷺ | (١) |
| ٢٦١ | جلد ﷺ أربعين | (٢) |

(ح)

| | | |
|-----|--|-----|
| ٤٢٨ | حتىه وأقرصيه بالماء | (١) |
| ١٥٧ | حجم أبو طيبة رسول الله ﷺ فأمر له | (٢) |
| ٥٤ | الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل | (٣) |

(خ)

| | | |
|-----------|--------------------------|-----|
| ١٣٧ ، ١٣٦ | خذها ، فإنما هي لك | (١) |
|-----------|--------------------------|-----|

(د)

| | | |
|-----|---|-----|
| ٧٩ | دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض | (١) |
| ٢٢٠ | الدية سبيلها الميراث | (٢) |

(ذ)

| | | |
|---------|-------------------------------|-----|
| ٥٥ ، ٥٢ | الذهب بالذهب وزناً بوزن | (١) |
|---------|-------------------------------|-----|

(ر)

| | | |
|-----|---|-----|
| ٧٦ | رخص رسول الله ﷺ بعد ذلك في بيع العرايا بالرطب.. | (١) |
| ٣٢٣ | رفع القلم عن ثلاث الصبي | (٢) |

(س)

| | | |
|---------|---|-----|
| ٥٦ ، ٥٣ | سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن الذهب بالذهب | (١) |
| ٣٣١ | سن رسول الله ﷺ لأمة أن دية المؤمن ... | (٢) |

(ش)

| | |
|-----|--|
| ١٤٧ | (١) الشريك شفيح ، والشفعة في كل شئ |
| ١٤٥ | (٢) الشفعة فيما لا يقسم |

(ع)

| | |
|-----|---|
| ٢٢٥ | (١) عادني رسول الله ﷺ فقلت أوصى |
| ٣٩٥ | (٢) عن النبي في الجنين يسقط ميتاً |

(ف)

| | |
|-----|---|
| ١٦٤ | (١) فارتجعه |
| ١٦٥ | (٢) فأشهد على هذا غيرى |
| ٣١٠ | (٣) فإن أبي فليقاتله |
| ٢٧٠ | (٤) فقضى رسول الله ﷺ بقطع السارق جملة |
| ٢٥٦ | (٥) في الذي تزنى أمته فليجلدها ولا يترب |
| ٣٥٨ | (٦) في العين خمسون |

(ق)

| | |
|-----------------|---|
| ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٨ | (١) قضى رسول الله ﷺ بالشفعة |
| ١٤٩ | (٢) قضى رسول الله أن دية الجنين غرة |
| ٣٩٦ ، ٣٩٥ | (٣) قضى رسول الله في المرأة بدينها على عصابة القاتل |
| ٣٩٥ | (٤) قضى النبي ﷺ لرجل من الأنصار |
| ٣٣١ | |

(ك)

| | |
|-----------|---|
| ٣٣١ | (١) كان رسول الله يقوم دية الخطأ |
| ٣٠٣ ، ٣٠٢ | (٢) كان رسول الله ﷺ يقيد للأب من ابنه |
| ٩٦ | (٣) كانوا يتابعون الطعام جزافاً |
| ٣٢٦ | (٤) كتب رسول الله إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض |

(ل)

| | |
|-----|--|
| ٢٠٥ | (١) لقد جعل رسول الله ﷺ للجدّة السدس إذا لم يكن دونها أم.. |
| ٢٠٥ | (٢) لقد قضى النبي للجدتين في الميراث بالسدس |
| ٣٩٥ | (٣) لم يشترط رسول الله في الجنين إلقاءه |
| ١٢٧ | (٤) لولا أنني اخاف أن تكون من الصدقة |
| ٢٧٠ | (٥) ليس على خائن ولا مختلس |
| ٤٣٤ | (٦) ليس فيما دون خمس أواق |
| ٢١٦ | (٧) ليس لقاتل شيء |

(م)

| | |
|--------------|--|
| ٢٣٠ | (١) ما حق امرئ مسلم له شيء |
| ١٦١ | (٢) ما طلع النجم صباحاً قط |
| ٣١٤ | (٣) المسلمون تتكافأ دماؤهم |
| ٣٠٦ ، ١٧٢ | (٤) المكاتب عبد ما بقي على شيء |
| ٢٨٨ | (٥) المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى |
| ٩٥ ، ٩٣ ، ٩٢ | (٦) من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه |
| ١١٩ | (٧) من ابتاع نخلاً |
| ١٢١ | (٨) من أسلف فليسلف في كيل معلوم |
| ٩٣ | (٩) من اشترى طعاماً فلا يبعه |
| ١٣٦ | (١٠) من آوى ضالة فهو ضال |
| ١١٩ | (١١) من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع |
| ٢٩٩ ، ٢٩٨ | (١٢) من حمل علينا السلاح |
| ٢٩٨ | (١٣) من خرج من أمتي على أمتي |
| ٢٩٩ ، ٢٩٨ | (١٤) من شهر سيفه ثم وضعه |
| ٤٠٧ | (١٥) من فاتته صلاة العصر |
| ٣٠٦ ، ٣٠٥ | (١٦) من قتل عبده قتلناه |
| ٤٠٤ ، ٤٢ | (١٧) من قتل قتيلاً فله سلبه |
| ١٣٢ | (١٨) من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل |
| ٩١ ، ٨٩ | (١٩) من يشتري هذا المجلس والقدح |

(ن)

| | | |
|-------------------|--|------|
| ٢٥٣ | نحن بنو النضر بن كنانة | (١) |
| ٩٤ | نهى النبي ﷺ أن تباع السلعة | (٢) |
| ٧٠ | نهى النبي ﷺ عن بيعتين اللباس والنباذ | (٣) |
| ٧٢ ، ٦٩ | نهى النبي ﷺ عن بيعتين المنابذة والملامسة | (٤) |
| ١١١ ، ١٠٠ | نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار | (٥) |
| ١١٣ | نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة | (٦) |
| ١٠٤ | نهى النبي ﷺ عن بيع حبل الحبله | (٧) |
| ٧٢ | نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة | (٨) |
| ٥٦ ، ٥٣ | نهى عن بيع الذهب بالذهب | (٩) |
| ١١٣ | نهى النبي ﷺ عن بيع السنبل حتى يشتد | (١٠) |
| ٩٦ | نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام جزافاً حتى ينقله | (١١) |
| ١١٢ ، ١٠٠ | نهى النبي ﷺ عن بيع العنب | (١٢) |
| ٩٥ ، ٩٤ | نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض | (١٣) |
| ١٢٠ | نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك | (١٤) |
| ١٠٧ ، ١٠٦ | نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضامين والملاقيح | (١٥) |
| ١١٣ | نهى النبي ﷺ عن بيع النخيل | (١٦) |
| ٦٤ ، ٦٢ | نهى ﷺ من بيع وسلف | (١٧) |
| ٦٤ | نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط | (١٨) |
| ٦٦ | نهى النبي ﷺ عن التلقى | (١٩) |
| ١١٥ | نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب | (٢٠) |
| ١٢٠ | نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن | (٢١) |
| ١٠٩ | نهى النبي ﷺ عن ضراب الفحل | (٢٢) |
| ١٠٨ | نهى النبي ﷺ عن عصب الفحل | (٢٣) |
| ٧٧ ، ٧٦ ، ٧٥ ، ٧٤ | نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة | (٢٤) |
| ١٠٧ ، ١٠٦ | نهى النبي ﷺ عن المضامين والملاقيح | (٢٥) |

| | | |
|-------------------|---|------|
| ٦٣ | نهى ﷺ عن المعاومة | (٢٦) |
| ٧٢ | نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة لبس الثوب | (٢٧) |
| ٨٢ ، ٨١ ، ٨٠ ، ٦٧ | نهى رسول الله ﷺ عن النجش وعن السوم | (٢٨) |

(هـ)

| | | |
|-----------------|-------------------------------|-----|
| ١٦٤ | هذا جور | (١) |
| ١٣٧ ، ١٣٦ ، ١٢٧ | هي لك أو لأخيك أو للذئب | (٢) |

(و)

| | | |
|--------------|--|-----|
| ٣٢٩ ، ٣٢٦ | وأن في النفس دية مائة من الإبل | (١) |
| ٦٠ ، ٥٥ ، ٥٢ | والملاح بالملاح مثلاً بمثل | (٢) |
| ٣٧٢ | وفي الأنثيين الدية | (٣) |
| ٣٧٢ | وفي الذكر الدية | (٤) |
| ٣٦٠ ، ٣٥٩ | وفي العينين الدية | (٥) |
| ٣٦٣ ، ٣٦٠ | وفي العين الواحدة خمسون من الإبل | (٦) |

(لا)

| | | |
|-----------------|---|------|
| ١٢٠ | لا تتبع ما ليس عندك | (١) |
| ٥٥ ، ٤٨ | لا تتبعوا الذهب بالذهب | (٢) |
| ٥٣٢ ، ٤٣٩ ، ٤٢٢ | لا تجتمع أمتي على ضلالة | (٣) |
| ١١٠ ، ١٠٥ | لا تشتروا السمك في الماء | (٤) |
| ٦٨ ، ٦٥ | لا تلقوا الجلب | (٥) |
| ٦٦ | لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد | (٦) |
| ٥٠ ، ٤٨ | لا ربا إلا في النسيئة | (٧) |
| ٤١٦ | لا صيام لمن لم يجمع | (٨) |
| ١٥١ ، ١٤٢ | لا ضرر ولا ضرار | (٩) |
| ٢٦٦ ، ٢٦٤ | لا قطع في ثمر | (١٠) |
| ٣٥٦ ، ٣٥٥ | لا قود إلا بالسيف | (١١) |

| | | |
|-----------------|-------------------------------------|------|
| ٣٩١ | لا قود في المأمومة | (١٢) |
| ٢٣٤ ، ٢٣٣ ، ٢٢٥ | لا وصية لوارث | (١٣) |
| ١٣٧ ، ١٣٥ | لا يؤوي الضالة إلا ضال | (١٤) |
| ٦٤ | لا يحل بيع وسلف | (١٥) |
| ٩٧ | لا يحل لرجل أن يبيع طعاماً | (١٦) |
| ٣٢٥ | لا يجني جانٍ إلا على نفسه | (١٧) |
| ١٨٢ ، ١٨٠ | لا يرث المسلم الكافر | (١٨) |
| ٨٧ | لا يستام على سوم أخيه | (١٩) |
| ٨٨ ، ٨٦ | لا يسم أحد على سوم أخيه | (٢٠) |
| ٨٧ | لا يسم المسلم على سوم أخيه | (٢١) |
| ١٢٧ | لا يكتم ولا يغيب | (٢٢) |
| ٣٠٣ | لا يقاد الأب من ابنه | (٢٣) |
| ٥٢٧ | لا يقتل مؤمن بكافر | (٢٤) |
| ٤٣٤ | لا ينظر الله ﷻ إلى من لا يقيم | (٢٥) |

(ي)

| | | |
|---------|-------------------------------|-----|
| ٦١ ، ٦٠ | يدأ بيد | (١) |
| ٤٠٠ | يقسم خمسون منكم على رجل | (٢) |

[فهرس المحتويات]

| رقم الصفحة | الموضوع |
|------------|---|
| أ-١ | ﴿ المقدمة ﴾ |
| ٣٥-١ | ﴿ التمهيد ﴾ |
| ٣-٢ | ١- اسمه ولقبه وكنيته . |
| ٣ | ٢- نسبه وأصله . |
| ٣ | ٣- مولده . |
| ٧-٤ | ٤- عصره . |
| ١٢-٧ | ٥- مؤلفاته . |
| ٢٥-١٢ | ٦- شيوخه . |
| ٣٠-٢٦ | ٧- تلامذته . |
| ٣٤-٣١ | ٨- مكانته العلمية ، وثناء العلماء عليه . |
| ٣٥ | ٩- وفاته . |
| ٢٤٣-٣٦ | ﴿ الباب الأول ﴾ |
| | دعاوى الإجماع عند ابن عبد البر |
| | التطبيقات العملية |
| ٤٢-٣٧ | التمهيد : |
| ٤٣ | الفصل الأول : المعاملات المدنية : |
| ٤٧-٤٤ | (١) حكم البيع الفاسد . |
| ٥١-٤٨ | (٢) تحريم الصرف وربا الفضل . |
| ٥٥-٥٢ | (٣) تحريم المساواة في بيع الربوي بالربوي المضروب وغير المضروب . |

| | |
|---------|---|
| ٥٨-٥٦ | ٤) جواز التفاضل في الجنسيتين المختلفتين . |
| ٦١-٥٩ | ٥) الطعام بالطعام لا يجوز إلا يداً بيد مدخراً وغير مدخر . |
| ٦٤-٦٢ | ٦) النهي عن بيع وسلف . |
| ٦٨-٦٥ | ٧) بيع تلقي السلع غير مفسوخ . |
| ٧٢-٦٩ | ٨) تفسير الملامسة والمنابذة . |
| ٧٥-٧٣ | ٩) تفسير معنى المزابنة . |
| ٧٧-٧٦ | ١٠) النهي عن المزابنة . |
| ٨٢-٧٨ | ١١) فاعل النجش عاص بفعله . |
| ٨٥-٨٣ | ١٢) بيع العينة . |
| ٨٨-٨٦ | ١٣) منع دخول المسلم على الذمي في سومه . |
| ٩١-٨٩ | ١٤) جواز بيع المزداد . |
| ٩٥-٩٢ | ١٥) النهي عن بيع الطعام قبل قبضه . |
| ٩٨-٩٦ | ١٦) صحة بيع الطعام جزافاً في الصبرة . |
| ١٠١-٩٩ | ١٧) جواز بيع القصيل على القطع . |
| ١٠٥-١٠٢ | ١٨) النهي عن بيع حبل الحبل ؛ لأنه غرر ، وبيع إلى أجل مجهول . |
| ١١٠-١٠٦ | ١٩) النهي عن بيع المضامين والملاقيح وعشب الفحل . |
| ١١٣-١١١ | ٢٠) النهي عن بيع الثمر حتي يبدو صلاحه بيع الحب في سنبله إذا يبس . |
| ١١٦-١١٤ | ٢١) عدم جواز بيع القرد وأكل ثمنه . |
| ١١٩-١١٧ | ٢٢) ثمار النخل يباع أصله هل تدخل الثمرة فيه ؟ |
| ١٢٢-١٢٠ | ٢٣) جواز بيع السلم . |
| ١٢٤-١٢٣ | ٢٤) المضاربة إلى أجل . |
| ١٢٧-١٢٥ | ٢٥) اللقطة تعريفها حولاً كاملاً |

| | |
|---------|---|
| ١٣٠-١٢٨ | (٢٦) صاحب الشاة الملتقطة أولى بها إذا حضر و وجدها . |
| ١٣٤-١٣١ | (٢٧) اللقطة إذا استهلكها ملتقطها بعد الحول فعليه الضمان إن جاء صاحبها . |
| ١٣٧-١٣٥ | (٢٨) جواز أكل الشاة الملتقطة من الموضع المخوف عليها فيه . |
| ١٤٠-١٣٨ | (٢٩) وجوب الشفعة . |
| ١٤٣-١٤١ | (٣٠) الشفعة للشريك في المشاع دون الجار . |
| ١٤٥-١٤٤ | (٣١) الشفعة للغائب مع طول المدة . |
| ١٤٨-١٤٦ | (٣٢) اختصاص وثبوت الشفعة بالدور والأرضين . |
| ١٥١-١٤٩ | (٣٣) اختصاص الشفعة بالعقار فقط من دور وحوائيت وبئر . |
| ١٥٣-١٥٢ | (٣٤) ليس للعيب حصة من الثمن . |
| ١٥٦-١٥٤ | (٣٥) جواز بيع الخيار . |
| ١٥٩-١٥٧ | (٣٦) كسب الحجام . |
| ١٦٢-١٦٠ | (٣٧) لا تجوز المساقاة في ثمر بدا صلاحه . |
| ١٦٥-١٦٣ | (٣٨) استحباب التسوية في العطاء بين الأبناء . |
| ١٦٩-١٦٦ | (٣٩) عتق الجنين دون أمه . |
| ١٧٢-١٧٠ | (٤٠) المكاتب عبد ما بقى عليه شيء . |
| ١٧٥-١٧٣ | (٤١) ولد المدبرة تبع تبع لأمه في الملك والحرية . |
| ١٧٨-١٧٦ | (٤٢) أم الولد في شهادتها وأرش جنايتها كالأمة على سيدها . |
| ٢٤٣-١٧٩ | الميراث والوصية |
| ١٨٢-١٨٠ | (١) لا يرث المسلم الكافر . |
| ١٨٧-١٨٣ | (٢) البناتان لها الثلثان كالبنات |
| ١٩٣-١٨٨ | (٣) يحجب الأم عن الثلث إلى السدس اثنان من الأخوة أو الأخوات. |
| ١٩٦-١٩٤ | (٤) حجب الإخوة بالأب . |

| | |
|---------|--|
| ٢٠٠-١٩٧ | (٥) عدم حجب الجد بالإخوة . |
| ٢٠١ | (٦) عدم حجب الإخوة بالجد . |
| ٢٠٦-٢٠٢ | (٧) إقامة الجدة أم الأم مقام الأم واستحقاقها نصيبها قياساً على الجد . |
| ٢١٠-٢٠٧ | (٨) تفسير الكلالة من لا ولد له ولا والد . |
| ٢١٢-٢١١ | (٩) العبد لا يرث . |
| ٢١٦-٢١٣ | (١٠) لا يرث القاتل عبداً من مال المقتول ولا من دينه . |
| ٢١٩-٢١٧ | (١١) القاتل خطأ لا يرث من الدية شيئاً . |
| ٢٢٣-٢٢٠ | (١٢) الدية مال كسائر المال يرثه الشرعيون . |
| ٢٢٦-٢٢٤ | (١٣) الوصية بأكثر من الثلث . |
| ٢٣٠-٢٢٧ | (١٤) الوصية مندوب إليها في كل مال قل أو كثر ، الوصية مستحبة وليست واجبة . |
| ٢٣٧-٢٣٣ | (١٥) لا وصية لوارث . |
| ٢٤٠-٢٣٨ | (١٦) اشتراط موت الموصى قبل الموصي له لصحة الوصية . |
| ٢٤٣-٢٤١ | (١٧) صحة وصية البالغ المحجور عليه لسفه . |
| ٣٠٠-٢٤٤ | الفصل الثاني: الحدود والعقوبات : |
| ٢٤٧-٢٤٥ | (١) عدم رجم الأمة المتزوجة . |
| ٢٥١-٢٤٨ | (٢) البينة أربعة رجال عدول ولا تقبل شهادة النساء . |
| ٢٥٤-٢٥١ | (٣) القذف ينفي النسب . |
| ٢٥٦-٢٥٥ | (٤) لا حد على من قذف محدود أو محدودة بالزنى الذي حد فيه . |
| ٢٦٠-٢٥٧ | (٥) ليس على من قذف ذمية أو مملوكة حد . |
| ٢٦٣-٢٦١ | (٦) حد الخمر ثمانين جلدة . |
| ٢٦٧-٢٦٤ | (٧) شرط الحرز في حد السرقة . |
| ٢٧٠-٢٦٨ | (٨) لا قطع على خائن . |

| | |
|---------|---|
| ٢٧٠-٢٦٨ | (٩) لا قطع على مختلس . |
| ٢٧٤-٢٧٢ | (١٠) قطع يد السارق اليمنى . |
| ٢٧٨-٢٧٥ | (١١) قطع اليد اليمنى فالرجل اليسرى فاليد اليسرى ثم التعزيز على هذا الترتيب. |
| ٢٨٣-٢٧٩ | (١٢) قطع يد الذمى إذا سرق . |
| ٢٨٩-٢٨٤ | (١٣) قطع يد العبد إذا سرق . |
| ٢٩٢-٢٩٠ | (١٤) قطع يد العبد إذا سرق من سيده أو سيده . |
| ٢٩٥-٢٩٣ | (١٥) عدم اشتراط إقامة الدعوى لقطع السارق . |
| ٣٠٠-٢٩٦ | (١٦) اشتراط إشهار السلاح في الحراية لوجوب القطع . |
| ٤٠٠-٣٠١ | الفصل الثالث : القصاص والديات : |
| ٣٠٣-٣٠٢ | (١) يقتل الابن عند الجميع قوداً إذا قتل أباه . |
| ٣٠٨-٣٠٤ | (٢) قتل الحر بالعبد وأن ما يدفع عن قتل العبد قيمته لا دية . |
| ٣١١-٣٠٩ | (٣) إيجاب القود للمار بين يدي المصلي إذا قتله المصلي . |
| ٣١٥-٣١٢ | (٤) قتل الرجل بالمرأة . |
| ٣١٨-٣١٦ | (٥) عدم اجتماع القصاص والدية . |
| ٣٢١-٣١٩ | (٦) تفسير العاقلة بأنها الرهط والعشيرة والقبيلة . |
| ٣٢٣-٣٢٢ | (٧) عمد الصبي خطأ . |
| ٣٢٥-٣٢٤ | (٨) وجوب الدية في مال الصبي إذا جنى جناية أو أتلّف شيئاً . |
| ٣٢٧-٣٢٦ | (٩) إجماع على ما في حديث عمرو بن حزم من معاني وفقه . |
| ٣٣٠-٣٢٨ | (١٠) الدية على أهل الذهب ألف دينار |
| ٣٣٢-٣٣١ | (١١) الدية على أهل الورق اثنا عشر ألف درهم . |
| ٣٣٥-٣٣٣ | (١٢) الدية في ثلاث سنين لا تزيد عن ذلك . |
| ٣٣٧-٣٣٦ | (١٣) العاقلة تحمل دية الخطأ كاملة . |

| | |
|---------|---|
| ٣٤١-٣٣٨ | (١٤) الدية لا تكون في أقل من ثلاث سنين . |
| ٣٤٤-٣٤٢ | (١٥) لا تحمل العاقلة دية عمد . |
| ٣٤٦-٣٤٥ | (١٦) لا تحمل العاقلة اعترافاً . |
| ٣٥٤-٣٤٧ | (١٧) دية المرأة مثل نصف دية الرجل . |
| ٣٥٧-٣٥٥ | (١٨) الموت بقطع عضو خطأ تجب دية للنفس ولا دية للعضو . |
| ٣٦٠-٣٥٨ | (١٩) دية العين إذا فقئت خطأ . |
| ٣٦٢-٣٦١ | (٢٠) في الشفتين الدية كاملة . |
| ٣٦٤-٣٦٣ | (٢١) دية قطع يد أو رجل مقطوع اليد أو الرجل خطأ . |
| ٣٦٧-٣٦٥ | (٢٢) دية الثدي . |
| ٣٦٩-٣٦٨ | (٢٣) الأنف إذا جدد ففيه الدية كاملة . |
| ٣٧٢-٣٧٠ | (٢٤) في الأنثيين الدية كاملة . |
| ٣٧٤-٣٧٣ | (٢٥) في الذكر الدية وفي الحشفة الدية . |
| ٣٧٧-٣٧٥ | (٢٦) دية الإصبع عشر من الإبل والأصابع سواء . |
| ٣٨٠-٣٧٨ | (٢٧) دية السن خمس من الإبل . |
| ٣٨٣-٣٨١ | (٢٨) في المأمومة ثلث الدية . |
| ٣٨٩-٣٨٤ | (٢٩) في الجائفة : ثلث الدية ولا قصاص فيها . |
| ٣٩٢-٣٩٠ | (٣٠) دية المنقلة خمس عشرة من الأبل عشر الدية ونصف عشرها . |
| ٣٩٤-٣٩٣ | (٣١) دية الموضحة . |
| ٣٩٧-٣٩٥ | (٣٢) صفات الجنين الذي تجب الدية بقتله . |
| ٣٩٧-٣٩٥ | (٣٣) شروط الأم التي تلقيه . |
| ٤٠٠-٣٩٨ | (٣٤) لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد . |

| | |
|---------|---|
| ٤٦٨-٤٠١ | <p style="text-align: center;">﴿ الباب الثاني ﴾</p> <p style="text-align: center;">إجماعات ابن عبد البر دراسة تأصيلية</p> |
| ٤١٣-٤٠٢ | <p>الفصل الأول : الأدلة الشرعية عند ابن عبد البر وأثرها في منهجه الفقهي .</p> |
| ٤٠٧-٤٠٣ | (١) المبحث الأول : القرآن . |
| ٤١٠-٤٠٨ | (٢) المبحث الثاني : السنة . |
| ٤١١ | (٣) المبحث الثالث : الإجماع . |
| ٤١٣-٤١٢ | (٤) المبحث الرابع : القياس . |
| ٤٢٠-٤١٤ | <p>الفصل الثاني : مفهوم الإجماع عند علماء الأصول وفقهاء المالكية .</p> |
| ٤٢١ | <p>الفصل الثالث : مفهوم الإجماع عند الحافظ ابن عبد البر .</p> |
| ٤٢٤-٤٢٢ | (١) <u>المبحث الأول : حجية الإجماع .</u> |
| ٤٢٥ | (٢) <u>المبحث الثاني : موقفه من الإجماع الصريح والسكوتي .</u> |
| ٤٢٧-٤٢٦ | (٣) <u>المبحث الثالث : المعتقد بهم في الإجماع .</u> |
| ٤٣٠-٤٢٨ | (٤) <u>المبحث الرابع : نسخ الإجماع وتخصيصه .</u> |
| ٤٣١ | (٥) <u>المبحث الخامس : ابن عبد البر وإجماع أهل المدينة .</u> |
| ٤٣٨-٤٣٢ | (٦) <u>المبحث السادس : ابن عبد البر والإجماع الأصولي</u> |
| ٤٤٠-٤٣٩ | تعليق على ما سبق . |
| ٤٦٣-٤٤١ | (٧) <u>المبحث السابع : مصطلحات الإجماع عند الحافظ بن عبد البر</u> |
| ٤٥٥-٤٤١ | أ - مصطلحات الإجماع عند ابن عبد البر |

| | |
|---------|---|
| ٤٥٦ | • الفرق بين الاتفاق والإجماع . |
| ٤٥٨-٤٥٧ | ب- مصادر ابن عبد البر في إجماعاته . |
| ٤٦٠-٤٥٩ | ج- موقفه من الإجماعات التي ينقلها . |
| ٤٦٣-٤٦١ | د- مدى قوة إجماعات ابن عبد البر . |
| ٤٦٨-٤٦٤ | الفصل الرابع : الطعون التي وجهت لإجماعات ابن عبد البر . |
| ٥٣١-٤٦٩ | ﴿ الباب الثالث ﴾ دعاوى إجماع لم يحصل فيها الباحث على مخالف |
| ٥١٠-٤٧٠ | الفصل الأول : البيوع والمعاملات . |
| ٥٢٠-٥١١ | الفصل الثاني : الحدود والعقوبات . |
| ٥٣١-٥٢١ | الفصل الثالث : القصاص والديات . |
| ٥٣٤-٥٣٢ | ﴿ الخاتمة ﴾ وتشمل النتائج والتوصيات |
| ٥٣٥ | ﴿ الفهارس العامة ﴾ |
| ٥٦١-٥٣٦ | ١- فهرس المراجع . |
| ٥٦٤-٥٦٢ | ٢- فهرس الآيات . |
| ٥٧٢-٥٦٥ | ٣- فهرس الأحاديث . |
| ٥٨٠-٥٧٣ | ٤- فهرس المحتويات . |

